بسم الله الرحمن الرحيم

بحث مُحَكَّم بعنوان:

حكمة ضمان الفعل الضار وأثرها في تحديد موجباته في الفقه الإسلامي

د.أيمن صالح

مجلة مؤتة للبحوث والدراسات
المجلد (١٧) العدد (٤) ٢٠٠٢م
تصدر عن جامعة مؤتة/الكرك/الأردن

(ص١١٩)

ملخص

هدف هذا البحث إلى تحديد الأفعال الموجبة لضمان الفعل الضار وضبطها ، وذلك عن طريق استثمار القاعدة الأصولية القاضية بشرطية كون سبب الحكم مظنة لحكمته . ومن هنا فقد قام الباحث

أولا : بإثبات عدم انضباط سبب الضمان في الممارسة الفقهية .

ثانيا : بالبحث عن حكمة الحكم بالضمان بالمسالك الأصولية .

ثالثا : بتطبيق قاعدة لزوم كون سبب الحكم مظنة لحكمته .

رابعا : بالوصول إلى رأي في عدد من الأفعال التي اختلف الفقهاء في كونها توجب الضمان على فاعلها أو لا .

(ص١٢٠)

تقديم

الحمد لله ، والصَّلاة والسلام على رسول الله ، وآله ، ومن والاه ، وبعد :

فإن مما تفتقر إليه كثير من الأبحاث الفقهية ، قديما وحديثا ، ردَّ المسألة أو المسائل ، محلِّ البحث ، إلى جذرها الأصولي الذي تنبثق منه ، وتقومُ عليه . وهذا ما جعل هذه الأبحاث تَتَّسم بطابَع «التفريع» على حساب طابع «التأصيل» ، وجعلها تزجُّ بكاتِبها ومطالِعها ، على حدٍّ سواء ، في متاهة «الجزئيات» التي لا تنتهي ، من غير أن تردَّهما إلى معتصَمٍ جامعٍ من «الكلِّيات» الهادية إلى سواء السبيل .

ولستُ في هذا الكلام أقلِّل من شأن « التفريع » ، إذ هو الفقه نفسُه ، وهو الغاية من البنيان التشريعي كلِّه . وإنما ألفت النظرَ إلى أن « التفريع » لا بد أن يكون مقرونا بـــ « التأصيل » ، وصادرا عنه ، وإلا لم ينضبطْ ، ولم يُوقف فيه على مِعيار يرشد المتصدي للاجتهاد إلى الحكم الملائم للفرع الطارئ أو الواقعةِ الجديدة المعروضة ، بظروفها المختلفة ، ولم يُوقف فيه كذلك على ضابِطٍ يلمُّ شَتات الفروع ، بالنسبة لذلك المقلِّد الباحث عن وسيلة فعَّالَة للفهم والحفظ .

ومن هنا ، فقد قالها القرافيُّ بصراحة : «**كلُّ فقه لم يخُرَّج على القواعد فليس بشيء**»[1] .

ولئن كان الفقه القديم بكافّة أطواره ، ابتداءَ من فقه الفتاوى في عهد الصحابة والتابعين ، رضوان الله تعالى عليهم ، ومرورا بفقه المسائل كما هو عند أبي حنيفة ومالك ، رحمهما الله تعالى ، ثم بفقه الكتب والأبواب كما هو عند الشافعي ، رحمه الله تعالى ، ومَن بعده ، وانتهاء بفقه المتون والشروح والحواشي عند المتأخرين ـــــ أقول : لئن كان الفقه القديم ، بكافّة أطواره تلك قد نحا نحو العرض «الفروعي» للمادة الفقهية لأسباب تاريخية واجتماعية وعلمية خاصة ، فإن هذا لا يقتضينا ، هذه الأيام ، أن نسير على النهج نفسه . ذلك أن البحث التشريعي في العالم أجمع ، خطا من حيثُ الترتيبُ والتنظيم وربطُ الجزئي بالكلي ، خُطُواتٍ هائلةً ومتقدمة ، تقتضينا مواكبتُها أن نطور من طريقة عرضنا للمادة الفقهية كي نَلبَسَ لكلِّ عصر لبوسَه ، ونأخذ لكلِّ شأن عُدَّته ، وإلا كنا كمن يقارع الصاروخ بالسيف ، ويسابق الطائرة بالحصان . هذا إذا نحن أردنا : أن نساير تقدم الزمن ، وأن نمارس «التقاط الحكمة» الذي نُدبنا إليه ، وأن نتقدم بما لدينا من تشريع راقٍ وتراث خصب للناس جميعا عن طريق مخاطبتهم بما يعقلون .

وصياغة الفقه الإسلامي في «ثوبٍ جديد» هو ثوب «النظريات الحقوقية العامة» ـــ كما دعا إليه ومارسه بالفعل الأستاذ مصطفى الزرقاء رحمه الله تعالى[2] ـــ ما هو ، في رأيي ، إلا خُطْوة أولى فقط نحو «تجديد الفقه» الذي نصبو إليه . ولن نصل إلى موقع متقدم في هذا التجديد إلا بالاستثمار الصحيح والفعَّال للتراث «الأصولْفقهي» الإسلامي ، لاسيما في مجال «مسالك التعليل» ، لـِ «تقصيد الفقه» ، أي البحث عن المقاصد المصلحية للأحكام والأبواب الفقهية ، وذلك على النحو الذي اختطه الشيخ العلامة الطاهر بن عاشور ، رحمه الله تعالى ، في كتابه الفذّ «مقاصد الشريعة» .

(ص ١٢١)

وذلك لأن «تنظير» الفقه الإسلامي ، أو قُل : صوغه على شكل نظريات عامة ـــ بالطريقة التي قدَّمها الكثير من المعاصرين ـــ وإن كان يُقدِّم توصيفا جيدا لموضوع النظرية ، محلِّ البحث ، في الفقه الإسلامي ، إلا إنه ، في الغالب ، وعلى غرار البحث الفقهي التقليدي نفسِه ، لم يكن ليهتمَّ ،

---

(١) القرافي : شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس الصنهاجي ، **الذخيرة** ، تحقيق محمد حجّي ، دار الغرب الإسلامي ، الدار البيضاء ، ط١ ، ١٩٩٤م ، ج١ ، ص٥٥ .

(٢) الزرقاء : مصطفى أحمد ، **المدخل الفقهي العام** ، دار الفكر ، دمشق ، ط١٠ ، ١٣٨٧هـ=١٩٦٨م ، ج١ ، ص١٣ .

بالقدْر المطلوب ، بإناطة حلول النظرية ـــ التي لا تعدو كونها أحكاما فقهية ـــ بعللها ومقاصدها المصلحية ، والتي لا غنى عنها في بيان المدى الفروعي الواقع والمتوقع الذي تبلغه وتنطبق عليه هذه الحلول ، مما ولَّد حيرة وخلافا جما في كثير من الفروع والوقائع من حيث شمول النظرية ، بحلولها ، لهذه الفروع والوقائع أم لا .

وعليه ، فـــ « تجديد الفقه الإسلامي » المأمول في هذا العصر لغايات الاجتهاد ، والتعليم ، والدعوة ، لا بد أن يتسم ، من حيث الشكل والمضمون ، بسمتين :

الأولى : ربط الجزئي بالكلي . وهذا ما تفي به الصياغة النظرية والقواعدية للفقه كما أشار إليه الأستاذ الزرقاء .

الثانية : ربط حلول وأحكام النظريات الفقهية بمقاصدها المصلحية الخاصة والعامة ، لتُتخذ ـــ هذه المقاصد ـــ منارا يضيء الطريق أمام المجتهد في سعيه لإنزال حلول وأحكام النظريات على الوقائع المعروضة بظروفها المختلفة ، ومقياسا دقيقا يحدد به المساحة الفروعية الممكنة التي تغطيها وتنطبق عليها هذه الحلول والأحكام .

وما هذه الدراسة المعنونة بـــ « حكمة ضمان الفعل الضار وأثرها في تحديد موجباته في الفقه الإسلامي » إلا خطوة في هذا الاتجاه ، في مجال « نظرية الضمان في الفقه الإسلامي » خاصّة . إذ إنها تحاول تحديد « حكمة الحكم بضمان الفعل الضار » من خلال الأدوات الأصولية ، مع التنويه ، من خلال هذا التحديد ، بالمدى الفروعي الذي يمكن لحكم وحل النظرية هذا ـــ وهو الحكم بالضمان ـــ أن يتناوله وينطبق عليه .

هذا ، ولم تظفر حكمة الحكم بالضمان أو مقاصد الضمان ببحث مستقل في كتب الفقه قديمها وحديثها ، وحتى الكتب المختصة بالضمان ، كـــ «الضمان في الفقه الإسلامي» للخفيف ، «ونظرية الضمان» للزحيلي لم تفرد حكمة الضمان بعنوان مستقل ولو جانبيا . وكل الذي وجدناه في المسألة سطر أو سطور من هذا الكتاب أو ذاك ، اللهم إلا ما أفدناه من كتاب الدكتور محمد سراج ، «ضمان العدوان في الفقه الإسلامي » ، حيث تطرق إلى مقاصد الضمان في مقدمات كتابه.

ولقد جاءت دراستنا هذه في مطالب ثلاثة وخاتمة :

المطلب الأول : التكييف الأصولي للضمان .

المطلب الثاني : تحديد حكمة الحكم بالضمان .

المطلب الثالث : النتائج المترتبة على القول بالحكمة المختارة للضمان .

خاتمة : فيما أردناه من هذا البحث .

(ص١٢٢)

المطلب الأول

التكييف الأصولي للضمان

وسنتناول هذا المطلب ضمن المقاصد الأربعة التالية :

أولا : المقصود بالضمان .

ثانيا : البنية الأصولية لحكم الضمان .

ثالثا : عدم انضباط سبب الضمان .

رابعا : السبيل لضبط سبب الضمان .

أولا : المقصود بـــ «الضمان» :

الضمان ، لغة ، هو الكفالة والغرامة . قال ابن منظور : «**ضَمِنَ الشيءَ وبه ضَمْنا وضَمَاناً: كَفَلَ به . وضَمَّنَه إياه : كَفَّلَه... وضَمَّنته الشيءَ تَضْمِيناً فتَضَمَّنه عنـــي : مثل غرَّمْتُه**»[١].

أما في الاصطلاح ، فمن خلال تتبع مصطلح «الضمان» في لسان الفقهاء يتضح ـــ كما يقول الأستاذ علي الخفيف أحد رُوّاد الكتابة في نظرية الضمان في الفقه الإسلامي ـــ «**أنهم يريدون به على العموم : شغل الذمة بواجب يُطلب الوفاء به إذا توافرت شروطه**»[٢]. أو بعبارة أخرى ، «**هو شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال أو عمل**»[٣]. وعليه ، فالضمان في معناه العام ـــ بحسب الإطلاق في تعريف الخفيف ـــ **يكاد** يوازي الالتزام عند القانونيين الذين يجعلونه ناشئا عن أحد مصادر خمسة : العقد أو الإرادة المنفردة أو العمل غير المشروع أو الإثراء بلا سبب أو القانون .

ولسنا نريد بالضمان في لغة هذا البحث هذا المعنى العام . وإنما نريد به معنى خاصا هو الذي يجعله موازيا لِـــ : **الالتزام الناشئ عن «الفعل الضار»** ، أو بالتعبير القانوني ، «الفعل غير

---

(١) ابن منظور : **لسان العرب** ، دار صادر ، بيروت ، ١٣٨٨هـــ=١٩٦٨م ، ج١٣ ، ص٢٥٧ ، المادة ضمن .

(٢) الخفيف : علي ، **الضمان في الفقه الإسلامي** ، معهد البحوث والدراسات العربية ، القاهرة ، ١٩٧١م ، ص٣،٤ .

(٣) المرجع السابق ، ص٥ .

المشروع »[1]، أو بتعبير بعض الفقهاء ، «العدوان» أو «التعدي»[2]. ولذا قيّدنا الضمان في عنوان البحث خاصّة بأن أضفناه إلى الفعل الضار ــ وهو أدق التعبيرات ــ حتى لا يختلط بالأنواع الأخرى من الضمان التي قد تنشأ عن أسباب أخرى غير الفعل الضار . والضمان بهذا المعنى هو الذي عرَّف به الأستاذ الزرقاء حين قال : «**الضمان : هو التزام بتعويض مالي عن ضرر للغير**»[3]. وكذا الدكتور الزحيلي حين قال : الضمان : «**هو الالتزام بتعويض الغير عما لحقه من تلف المال أو ضياع المنافع ، أو عن الضرر الجزئي أو الكلي الحادث بالنفس الإنسانية**»[4] .

ثانيا : البِنْيَةُ الأصولية لحكم الضمان :

يُنسب إلى الغزالي ، رحمه الله ، القول بأن الضمان هو : «**واجب ردِّ الشيء ، أو بدلِه ، بالمثل أو القيمة**»[5] . وهو في هذا عرّف الضمان بذات الحكم الذي أنشأه ، وهو الإيجاب في الإطلاق الأصولي

---

(١) كما هو الحال في القوانين ، المصري والعراقي والسوري . انظر : الزرقاء : مصطفى ، **الفعل الضار والضمان فيه** ، دار القلم ، دمشق ، ط١، ١٤٠٩هــ=١٩٨٨م ، ص٦١ .

(٢) قال الدكتور وهبة الزحيلي : « **التعدي ، لغة ، تجاوز الحد ، ويراد به عند الفقهاء : معنى الظلم والعدوان ومجاوزة الحق ، وضابطه هو انحراف عن السلوك المألوف للرجل المعتاد ، أو أنه العمل الضار بدون حق أو جواز شرعي ، كما قال ابن نجيم في الأشباه** » . ثم نقل الزحيلي عن مخطوط للدكتور فوزي ضيف الله قال فيه بأن التعدي هو : « **مجاوزة ما ينبغي أن يقتصر عليه شرعا أو عرفا أو عادة** ». الزحيلي : وهبة ، **نظرية الضمان أو أحكام المسئولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي** ، دار الفكر ، دمشق ، ١٩٨٢م=١٤٠٢هــ ، ص١٨ . وجاء في الموسوعة الفقهية : « **التعدي في اللغة , التجاوز . وفي الاصطلاح هو مجاوزة ما ينبغي أن يقتصر عليه شرعا أو عرفا أو عادة . وضابط التعدي هو : مخالفة ما حده الشرع أو العرف . ومن القواعد المقررة في هذا الموضوع : أن كل ما ورد به الشرع مطلقا , ولا ضابط له فيه , ولا في اللغة , يرجع فيه إلى العرف . وذلك مثل : الحرز في السرقة , والإحياء في الموات , والاستيلاء في الغصب , وكذلك التعدي في الضمان , فإذا كان التعدي مجاوزة ما ينبغي أن يقتصر عليه , رجع في ضابطه إلى عرف الناس فيما يعدونه مجاوزة وتعديا , سواء أكان عرفا عاما أم خاصا . ويشمل التعدي : المجاوزة والتقصير , والإهمال , وقلة الاحتراز , كما يشتمل العمد والخطأ** » . حرف الضاد ، المادة ضمان ، ص٢٢٢.

(٣) الزرقاء ، **المدخل الفقهي العام** ، ج٢ ، ص١٠٣٢ ، ف٦٤٨ .

(٤) الزحيلي ، **نظرية الضمان** ، ص١٥ .

(٥) نقله عن كتابه « الوجيز » الزحيلي ، **نظرية الضمان** ، ص١٤ . وقد رجعت للوجيز فلم أجد التعريف بنصه في مظانه من الكتاب ، فالله أعلم به .

أو الوجوب في الإطلاق الفقهي . وقال البركتي : «**الضمان : عبارة عن رد مثل الهالك إن كان مثليا أو قيمته إن كان قيميّا** »[1] . وعرَّفت المجلة الضمان بأنه : «**إعطاء مثل الشيء إن كان من المثليات**

(ص١٢٣)

أو قيمته إن كان من القيميات »[2] . ونلاحظ على هذين التعريفين أنهما لم يعرفا الضمان بحكمه الذي هو الإيجاب ، كما فعل الغزالي ، وإنما عرفاه بمتعلق حكمه من فعل المكلف وهو الرد أو الإعطاء للمثل أو القيمة .

وكلا الاتجاهين في تصوير حقيقة الضمان قد جانب الصواب فيما نرى ، وذلك لأن الضمان ليس هو خطابا للشارع حتى يُعرَّف بذات حكمه وهو الإيجاب ، كما صنع الغزالي . ثم إن الضمان واقع وثابت في ذمة المكلف إذا سبَّبَ ضررا للغير قبل أن يقوم بعملية الرد أو الإعطاء للمثل أو القيمة. وعليه لا يصح تعريفه بكونه نفس الرد أو الإعطاء للمثل أو القيمة كما فعل البركتي .

والذي نقوله ، وهو المنسجم مع اللغة والشرع والمنطق : إن الضمان «التزام» ، أو قل : «انشغال للذمة» ، ناجم عن خطاب الشارع أو حكمه بوجوب تعويض الغير عما أُلحق به من ضرر بإعطائه المثل أو القيمة . وبهذا نجد أن الضمان نفسه ليس **حكما** ولا متعلقا **فعليا** لهذا الحكم ، بل هو أثرٌ ينجم عن الحكم ثم ينجم عن هذا الأثر فعل المكلف بإعطاء المثل أو القيمة .

فالضمان ، على هذا ، يقع بين الحكم وبين فعل الإعطاء ، وليس هو أيا منهما . ومن هنا فقد أحسن الأستاذ الزرقا عندما أعرض عن التعريفات المذكورة للضمان وعرفه بكونه : «**التزاما بتعويضٍ ماليٍّ عن ضرر للغير** »[3] .

وعلى أية حال ، فضمان الفعل الضار أثرٌ لحكم شرعي نوعه الإيجاب ، ومتعلق هذا الحكم من فعل المكلف هو الأداء أو الإعطاء أو الرد للمثل أو القيمة .

وكأي حكم يقوم «الحكم المُنشِئُ للضمان» أو قل ، اختصارا : «حكم الضمان» على **سبب** موجب له هو « التعدي المسبِّب لضرر الغير » ، أو كما قال الكاساني : «**سبب وجوب الضمان هو : التعدي بالتسبيب إلى الإتلاف** »[1] .

---

(١) البركتي : محمد عميم الإحسان المجددي ، **قواعد الفقه** ، الصدف ببلشرز ، كراتشي ، ط١ ، ١٤٠٧هـ=١٩٨٦م ، ص٣٥٩ .

(٢) جمعية المجلة ، **مجلة الأحكام العدلية** ، تحقيق نجيب هواويني ، كازخانة تجارت كتب ، ص٨٠ ، المادة ٤١٦ .

(٣) الزرقاء ، **المدخل الفقهي العام** ، ج٢ ، ص١٠٣٢ ، ف٦٤٨ .

ولاعتماد الضمان على هذا السبب العام قال الفقهاء بأن الضمان هو من قبيل خطاب الوضع لا من قبيل خطاب التكليف .

وبتحليل هذا السبب المركَّب للضمان نجده يضم أوصافا ثلاثة هي :

أولا : التعدي .

وثانيا : حصول الضرر للغير .

وثالثا : علاقة السببية بينهما ، أي بين التعدي وحصول الضرر ، بحيث يكون الضرر ناجما عن فعل التعدي نفسه لا عن سبب آخر .

ويطلق الحقوقيون على هذه الأوصاف الثلاثة ـــ من حيث كان لابد من توفرها لإيجاب الضمان ـــ « أركان الضمان »[(٢)] .

أما الفقهاء فيقتصرون ، في الغالب ، على ذكر وصف التعدي أو العدوان من بين الأوصاف السالفة سببا للضمان[(٣)] ، بل إنهم يضيفون الضمان إليه مفرقين بينه وبين أنوع الضمان الأخرى[(٤)] .

---

(١) الكاساني : أبو بكر علاء الدين بن مسعود ، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع** ، دار الكتاب العربي ، بيروت ط٢ ، ١٩٨٢م ، ج٧ ، ص٢٨٣ .

(٢) انظر : عامر : حسين ، **المسئولية المدنية التقصيرية والعقدية** ، مطبعة مصر ، مصر ، ط١ ، ١٣٧٦هـ=١٩٥٦م ، ص١٥٩ . والركن ، في المصطلح الأصولي والفقهي ، لا يُستخدم في أجزاء الحكم المفرد ، وإنما في أجزاء العبادة أو المعاملة التي تتركب من أحكام عدة ، وبما أن الضمان حكم مفرد كما أوضحنا ، فربما لا يسوغ ، أصوليا وفقهيا ، أن نخلع على فرد من مكوناته وصف الركن . ولا مشاحة في الاصطلاح .

(٣) قال الشاطبي : « **كما أن الأسباب المشروعة يترتب عليها أحكام ضمنا ، كذلك غير المشروعة يترتب عليها أيضا أحكام ضمنا : كالقتل يترتب عليه القصاص والدية...وكذلك التعدي يترتب عليه الضمان والعقوبة ، والسرقة يترتب عليها الضمان والقطع** » . [الشاطبي : إبراهيم بن موسى الغرناطي ، **الموافقات** ، تحقيق وشرح عبد الله دراز ، دار المعرفة ، بيروت ، ج١ ، ص٢٥٨] . وقال ابن عابدين : « **الحكم ، وهو الضمان أو عدمه يُدار على السبب ، وهو التعدي أو عدمه** » . [ابن عابدين : محمد أمين ، **حاشية رد المحتار على الدر المختار** ، دار الفكر ، بيروت ، ١٣٨٦هـ ، ج٣ ، ص٦٦٤] . وقال الشوكاني : « **التعدي سبب مستقل للضمان** » . [الشوكاني : محمد بن علي ، **السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار** ، تحقيق محمود زايد ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط١ ١٤٠٥هـ ، ج٤ ، ص٤٩٤] .

(٤) انظر : الشربيني : محمد الخطيب ، **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج** ، دار الفكر ، بيروت ، ج٣ ، ص٨٤ . والغزالي ، **الوسيط** ، تحقيق أحمد إبراهيم ومحمد تامر ، دار السلام ، القاهرة ، ط١ ، ١٤١٧هـ ، ج٤ ، ص١٨٧ . وابن نجيم : زين الدين بن إبراهيم ، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق** ، دار المعرفة ، ←

أمَّا وصفا

(ص ١٢٤)

الضرر والسببية فالذي لا شك فيه ـــ من خلال النظر في التفريعات الفقهية ـــ أنهما معتبران عندهم في إيجاب الضمان . وبما أن الفقهاء لا يذكرونهما إلا نادرا ويكتفون بذكر التعدي ، فيمكن تكييفُهما على أنهما عندهم شرطان في التعدي الذي هو سبب الضمان . قال إمام الحرمين : « **ما اشتُهر كونُه شرطا في العلة** [= السبب[(١)]] **جاز ذكرُه و تركه ، بل تركه أولى ؛ لأن ذكرَه يُعد عِيًّا في النظر من المناظر** »[(٢)] ، كما هو الحال في الزكاة إذ إنهم يطلقون القول بأن النصاب هو سبب وجوبها، أما مضي الحول فهو شرط في السبب ، وكذا الزنا هو سبب للرجم لكن بشرط كون الزاني محصنا[(٣)] .

بيروت ، ج٦ ، ص١٧٣ . وابن عابدين ، **حاشية بن عابدين** ، ج٦ ، ص٥١٥ . والشاطبي ، **الموافقات** ، ج٣ ، ص١٥٩ .

(١) السبب يكافئ العلة في اصطلاح الإمام ، قال رحمه الله تعالى : « **السبب هو الوصلة : وهو ما يُتوصل به إلى المقصود...والسبب هو العلة ، سيما في العقليات** » . الجويني : إمام الحرمين عبد الملك بن عبد الله ، **الكافية في الجدل** ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط١ ، ١٤٢٠هـ=١٩٩٩م ، ص٤٠ .

(٢) المرجع السابق ، ص١١٨ .

(٣) ذهب الزحيلي في تكييفه سبب الضمان إلى أن الاعتداء والضرر هما معا سبب الضمان . أما الرابطة السببية فهي « **من قبيل عدم وجود المانع للسبب ، والمانع للسبب هو الأمر الذي يلزم من وجوده عدم تحقق السبب** » [الزحيلي ، **نظرية الضمان** ، ص١] . وهذا التكييف غير دقيق لأمرين :

أحدهما : أنه سوّى بين التعدي والضرر في كونهما معا سببَ الضمان ، مع أن الضرر لا يكافئ التعدي من وجهين : الأول : في اللغة الفقهية ، حيث يذكر الفقهاء التعدي كسبب للضمان ولا يذكرون الضرر إلا نادرا ، والوجه الأخر : في الواقع ، حيث إن الضرر هو لازم أو نتيجة ناجمة عن التعدي ، وعليه فالتعدي أسبق منه ، لأن المعلول لا يتقدم علته ، فكان الأولى أن ينفرد التعدي بكونه سببا ، ويكون حصول الضرر شرطا في هذا السبب .

والأمر الآخر : أنه كيَّف الرابطة السببية على أنها من قبيل عدم وجود المانع للسبب . ولست أعلم وجها لهذا التكييف ، لأن الرابطة السببية هي وصف وجودي وقد جعله الزحيلي عدميا ، ولأن الوصف الذي يتمثل في عدم وجود المانع هو الشرط نفسه ، فإنك قد تقول الحيض مانع من صحة صوم المرأة ، أو تقول : عدم وجود الحيض ، أي الطهارة ، هو شرط لصحة صومها . فكان الأولى به بدل هذا التعقيد أن يقول بأن الرابطة السببية هي شرط في التعدي بحيث يكون التعدي مسبِبا للضرر أو هي شرط في الضرر بحيث يكون الضرر مسبَبًا عن التعدي . والله أعلم .

ويستهدف حكمُ الضمان مصلحة ـــ سنأتي على تحديدها لاحقا ـــ هي الغاية أو الحكمة من إيجاب الضمان .

وعليه ، فالبِنْية الأصولية لحكم الضمان تتركب من الأجزاء التالية :

أولا : نوع الحكم ، وهو الإيجاب .

ثانيا : متعلق الحكم من فعل المكلف ، وهو الأداء أو الإعطاء للمثل أو القيمة .

ثالثا : سبب الحكم ، وهو التعدي المسبب للضرر بالغير .

رابعا : حكمة أو مقصد الحكم . وسنأتي على بيانها فيما بعد .

ثالثا : عدم انضباط أو سيولة « سبب » الضمان :

قلنا : إن سبب الضمان يقوم على أوصاف ثلاثة هي : التعدي ، والضرر ، والعلاقة بينهما . والملاحظ على هذا الأوصاف أنّ ثلاثتها عامة وغير منضبطة بالقدر المطلوب . ولذا فمن الممكن أن يندرج تحتها ما لا يُحصى من الصور الجزئية المتباينة . ونتيجة لذلك فقد نشب الخلاف بين الفقهاء ، قديما وحديثا ، في كثير من هذه الصور نتيجةً لاختلافهم في تحقُّق سبب الضمان الذي هو « التعدي المسبِّب لضرر الغير » في هذه الصور أو لا . ولو كان هذا السبب أكثر انضباطا مما هو عليه لما كان الخلاف بهذا الحجم .

فقد اختلفوا ، على سبيل المثال ، من جهة ما يتعلق بتحقُّق وصف التعدي في الفعل المستلزم للضمان :

- في الضمان بفعل المضطر[١] ،
- وفي الضمان بالتعسف في استعمال الحق[٢] ،

---

(١) المقصود به من يضطر إلى إتلاف مال الغير إبقاء على نفسه ، فذهب الأكثرون إلى أنه يضمن وخالف في ذلك بعض الظاهرية وبعض المالكية . انظر : النووي : أبو زكريا يحيى بن شرف ، **المجموع شرح المهذب** ، تحقيق محمود مطرحي ، دار الفكر ، بيروت ، ط١ ، ١٤١٧هـ=١٩٩٦م ، ج٩ ، ص٤٧ . وابن عبد البر ، أبو عمر يوسف بن عبد الله النمري ، **الكافي في فروع المالكية** ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط١ ، ١٤٠٧هـ ، ص١٨٨ .

(٢) كمن يحفر بئرا في أرضه ، فيتسرب إليها ماء بئر الجار ، أو كمن يشعل نارا في أرضه فتنتقل شرارة منها عن طريق الريح فتحرق أرض الجار . وقد اختلف الفقهاء في التضمين في مثل هذه الفروع ، فلم يقل أبو حنيفة والشافعي بالضمان ، وقال به الصاحبان في حالة كون الضرر فاحشا ، وقال به مالك وأحمد مطلقا ، لا سيما ، إذا دلت القرائن على قصد الإضرار . انظر : الزحيلي ، **نظرية الضمان** ، ص٢١ .

- وفي ضمان غير المميز[1] ،
- وفي ضمان العجماء[2] ،
- وفي ضمان العاقلة لخطأ الشخص في نفسه[3] .

وفيما يتعلق بالضرر ، اختلفوا ، على سبيل المثال :

- في ضمان منافع المغصوب[4] ،
- وفي ضمان الضرر المنجبر تلقائيا[5] ،
- وفي ضمان الضرر المعنوي أو الأدبي[6] .

---

(١) اتفقوا على ضمان الصبي المميز ، أما غير المميز فقال الجمهور بضمانه ، وخالف في ذلك بعض المالكية . انظر : الدردير : أبو البركات سيدي أحمد ، **الشرح الكبير** ، دار الفكر ، بيروت ، ج٣ ، ص٤٤٣ .

(٢) قال ابن رشد : « **اختلف العلماء في القضاء فيما أفسدته المواشي والدواب على أربعة أقوال : أحدها : أن كل دابة مرسلة فصاحبها ضامن لما أفسدته . والثاني : أن لا ضمان عليه . والثالث : أن الضمان على أرباب البهائم بالليل ولا ضمان عليهم فيما أفسدته بالنهار . والرابع : وجوب الضمان في غير المنفلت ولا ضمان في المنفلت . وممن قال يضمن بالليل ولا يضمن بالنهار مالك والشافعي . وبأن لا ضمان عليهم أصلا قال أبو حنيفة وأصحابه ، وبالضمان بإطلاق قال الليث ، إلا أن الليث قال لا يضمن أكثر من قيمة الماشية . والقول الرابع مروي عن عمر ، رضي الله عنه** » . ابن رشد : أبو الوليد محمد بن أحمد القرطبي ، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد** ، دار الفكر ، بيروت ، ج٢ ، ص٢٤٢ .

(٣) ذهب الجمهور إلى عدم وجوب الدية في هذه الحالة وخالف في ذلك الأوزاعي ، وأحمد في رواية ، وإسحاق ، وهو مروي عن عمر ، حيث قالوا بأن العاقلة تتحمل دية قاتل نفسه خطأ لورثته . انظر : ابن قدامة : عبد الله بن أحمد المقدسي ، **المغني** ، دار الفكر ، بيروت ، ط١ ، ١٤٠٥هـ ، ج٨ ، ص٣٠٣ .

(٤) قال ابن قدامة : « **متى كان للمغصوب أجرٌ فعلى الغاصب أجر مثله مدة مقامه في يديه ، سواء استوفى المنافع أو تركها تذهب . هذا هو المعروف في المذهب ، نص عليه أحمد في رواية الأثرم ، وبه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة لا يضمن المنافع ، وهو الذي نصره أصحاب مالك** [على تفصيل عندهم] » . ابن قدامة ، **المغني** ، ج٥ ، ص١٦٩ .

(٥) كمن قلع سنا لحيوان أو إنسان فنبتت أخرى مكانها ، فقد قال أبو حنيفة بسقوط الضمان وخالفه الصاحبان ؛ لأن السن الجديدة نعمة مبتدأة . انظر : ابن نجيم ، **البحر الرائق** ، ج٨ ، ٣٨٧ .

(٦) كالطعن في الشرف أو السمعة أو تسبيب الحزن وما إلى ذلك ، والذي يظهر من تفريعات قدماء الفقهاء أنهم لا يقولون بضمان هذه الأضرار ، وذهب بعض المحدثين ـــ كالزحيلي وفوزي فيض الله ـــ إلى مشروعية القول بضمانها وخالفهم البعض الآخر كالأستاذ الزرقا . انظر تفصيلا طيبا في هذه المسألة : الزرقاء ، **الفعل الضار** ، ص١٢١ .

وفيما يتعلق بعلاقة السببية ، اختلفوا في الضمان في كثير من صور تعارض السبب مع المباشرة كالمكره مع المستكرَه مثلا[1] .

رابعا : السبيل لضبط « سبب » الضمان :

والحل ، في رأيي ، لضبط سبب الضمان ، وبالتالي الخروج بحكم أقرب إلى الصحة في المسائل آنفة الذكر وغيرها ـــ ولا سيما أن النصوص الشرعية الجزئية في مسائل الضمان مُعْوِزَة جدا ـــ هو الاستهداء بحكمة

(ص ١٢٥)

الحكم بالضمان ، والتي هي الغاية أو الحكمة أو المصلحة أو المقصد من تشريعه . وذلك عن طريق استثمار القاعدة الأصولية القائلة بشرطية كون سبب الحكم « مَظِنَّةً » للحكمة التي شُرع من أجلها ، أو بعبارة أخرى ، شرط تحقُّق الحكمة غالبا في السبب الذي أوجب الحكم . قال الآمدي رحمه الله تعالى : « **إذا كانت العلة في أصل القياس بمعنى الباعث ، كما قررناه ، فشرطها أن تكون ضابطَ الحكمة المقصودة للشرع من إثبات الحكم أو نفيه ، بحيث لا يلزم منه إثبات الحكم مع تيقُّن انتفاء الحكمة في صورة ، وإلا كان فيه إثبات الحكم مع انتفاء الحكمة المطلوبة منه يقينا . وهو ممتنع** »[2] . ودليل هذه القاعدة أمران ، كما يُستفاد من كلام الشاطبي ، رحمه الله تعالى :

« **الأول : أن أصل السبب قد فُرض أنه لحكمة ، بناء على قاعدة إثبات المصالح ، كمـــا هو مبين في موضعه ، فلو ساغ شرعه مع فقدانها جملةً لم يصح أن يكون مشروعا ، وقد فرضناه مشروعا . هذا خلف .**

والثاني : أنه لو كان كذلك لزم أن تكون الحدودُ وُضعت لغير قصد الزجر ، والعبادات لغير قصد الخضوع لله ، وكذلك سائر الأحكام . وذلك باطل باتفاق القائلين بتعليل الأحكام »[3] .

---

(١) كمن أكره غيره على إتلاف مال لشخص ثالث ، فقد ذهب الحنفية والحنابلة وبعض الشافعية إلى أن الضمان على المكره ، وذهب المالكية والظاهرية وبعض الشافعية إلى أن الضمان على المستكرَه . انظر : الزحيلي ، **نظرية الضمان** ، ص٧٣ .

(٢) الآمدي : سيف الدين علي بن محمد ، **الإحكام في أصول الأحكام** ، تحقيق سيد الجميلي ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، ط١ ، ١٤٠٤هـــ ، ج٣ ، ص٢٦٢ . ومصطلح العلة في عبارة الآمدي آنفة الذكر أوسع من السبب إذ هي تشمل العلة بمعنى السبب الظاهر المنضبط الموجب للحكم كالسفر الموجب لإباحة الفطر ، وكذلك تشمل العلة بمعنى المعنى المناسب الذي يترتب على الحكم ، كالسكر اللازم عن شرب الخمر الموجب لتحريمها .

(٣) الشاطبي ، **الموافقات** ج١ ، ص٢٥٠ .

فعن طريق هذه القاعدة يمكننا النظر الدقيق في الفعل المختلَف في التضمين به ، هل هو محلٌّ لتحقق حكمة الضمان أو ، على الأقل ، مظنة لتحققها أم لا . فإن كان محلا أو مظنة لها أوجبنا الضمان على فاعله وإلا فلا . وبذا يمكننا وضع ضوابط ومحددات ، من خلال الحكمة ، تحكم سبب الضمان ، وتخلصه ، إلى حدٍّ ليس بالهين ، من عموم أوصافه المغرقة في المرونة وعدم الانضباط .

ومما تجدر الإشارة إليه هو أن القول بلزوم كون سبب الحكم مظنة لحكمته ليس هو موضوع التعليل بالحكمة المختلف فيه عند الأصوليين . فالتعليل بالحكمة هو إناطةٌ للحكم مباشرة بحكمته من غير توسط السبب كمن ينيط حكم الفطر في السفر بالمشقة لا بالسفر أو المرض فيبيح للمقيم الصحيح الفطر في حالة حصول مشقة غير معتادة له ، كأن يكون أُجهد في عمل ما أو غيره . أما مسألة اشتراط كون السبب مظنة لحكمته فهي لا تقتضي إناطة الحكم بحكمته بل بنفس سببه أو علته لكن بشرط ترتب الحكمة على هذا السبب في الغالب . وإن تخلفت الحكمة عن بعض أفراد السبب فهذا لا يضر ، كما هو الحال في الملك المرفَّه إذ يسافر ، لأن العبرة بالغالب .

المطلب الثاني

تحديد حكمة الحكم بالضمان

إذا أردنا أن نقف على حكمة الضمان ، أو على المصلحة المحدَّدَة التي شُرع الضمان من أجل تحقيقها ، لم يكن لنا غنى عن استخدام الأدوات الأصولية الخاصة في الحصول على هذا الغرض ، وهي المسالك والطرق التي وضعها الأصوليون لاستنباط العلة .

(ص ١٢٦)

ومن هذه المسالك ثلاثةٌ أساسية لا يلجأ الفقيه إلى غيرها إلا إذا تعذر استخدامها هي : النص ، والإيماء ، والمناسبة .

فإن قيل : هذه المسالك هي مسالك العلة لا مسالك الحكمة ، فكيف استخدمت مسالك العلة في الوصول إلى الحكمة ؟!

فالجواب هو أن العلة عند الأصوليين أعم من الحكمة ؛ إذ العلة لها إطلاقات ثلاثة[1] :

فتُطلق على **السبب الموجب للحكم التكليفي** ، كما يقال : السفر علة القصر ، والقتل علة القصاص ، والزنا علة الجلد أو الرجم .

---

(١) في بحث لي جديد ستنشره قريبا مجلة الأحمدية، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث بدبي، بعنوان "تحقيق معنى العلة"، ٢٠١٠م، ذهبتُ إلى تقسيم آخر لمعاني العلة.

وتُطلق على **المعنى المناسب المنضبط الذي يلزم عن الحكم التكليفي** أو يترتب عليه ، كقولهم : السكر علة تحريم الخمر ، وتشوش الفكر هو علة تحريم قضاء القاضي وهو غضبان .

وتُطلق على **المصلحة المترتبة** أو **الحكمة الباعثة** على تشريع الحكم ، كقولهم : الزجر هو علة القصاص ، وإيقاع العداوة والبغضاء والصد عن ذكر الله هو علة تحريم الخمر ، ورفع المشقة هو علة القصر ، ومنع النزاع هو علة تحريم بيع المجهول .

قال الغزالي رحمه الله تعالى : « **الفقهاء يطلقون اسم العلة على العلامة الضابطة لمحل الحكم ، وقد تطلق على الباعث الداعي إلى الحكم ، وهو وجه المصلحة ، وقد تطلق على السبب الموجب للحكم** »[١] .

وبما أن الأمر كذلك فمسالك العلة تضم في ذاتها مسالك الحكمة ، وليس للحكمة مسالك خاصة غير مسالك العلة .

وقد جاء هذا التحديد لحكمة الضمان في مقصدين :

المقصد الأول: مسلكا النص والإيماء وحكمة الضمان

والمقصد الثاني: مسلك المناسبة وحكمة الضمان

المقصد الأول
مسلكا النص والإيماء وحكمة الضمان

وقد وقع البدء بهذين المسلكين لأنهما أقوى المسالك ولا يلجأ الفقيه إلى غيرهما من المسالك في حال وقوفه عليهما .

- **أما مسلك النص** ، والمقصود به أن ينص الشارع على العلة الموجبة للحكم صراحة ، أي : بلفظ يفيد التعليل لغة[١] ، فلا نجده ـــ بعد النظر في الأدلة التي يسوقها الفقهاء

---

(١) الغزالي ، شفاء الغليل ، ص٥٣٧ .

على حكم الضمان[٢] ـــ متيسرا ، إذ لا نجد نصا شرعيا صريحا على حكمة من الحكم بالنسبة لحكم الضمان .

أما قوله تعالى في شأن جزاء صيد الحرم : ﴿**ومن قتله منكم متعمدا فجزاء مثل ما قتل من النعم يحكم به ذوا عدل منكم هديا بالغ الكعبة أو كفارة طعام مسكين أو عدل ذلك صياما ليذوق وبال**

(ص ١٢٧)

أمره﴾[المائدة : ٩٥]، والذي فيه تنصيص واضح على أن حكمة إيجاب الجزاء ، وهو المثل ، هي الزجر والعقوبة «ليذوق وبال أمره» ، فيمكن القول بشأنه : إن جزاء الصيد خارج عن معنى ضمان الفعل الضار الذي نحن بصدده ؛ لأن ما نحن بصدده هو ضمان العدوان على حق العباد ، أما جزاء الصيد فهو ضمان عدوان على حق خالص للشارع سبحانه ، ومن هنا كان المقصود فيه هو الزجر أساسا كما هو الحال في كل الجرائم التي تمثل اعتداء على حق الشارع ؛ ولذا فإن الفقهاء لا يطبقون أحكام الضمان العامة في التعويض بالمثل أو القيمة على جزاء الصيد بل يفردونه بنظام خاص من التعويض . بل إن الشارع سبحانه شرع الإطعام والصيام كبديل لهذا النوع من الضمان وهذا لا يوجد في ضمان العدوان على حق العباد .

❑ **وأما مسلك الإيماء** ، والمقصود به أن يشير الشارع ، لا صراحة ، إلى العلة الموجبة للحكم[٣] ، فيمكننا من خلال النظر في الأدلة المسوقة للضمان القول:

إن أوثق الأدلة النصية التي تُساق في صدد إثبات الضمان ـــ كقوله تعالى : ﴿**فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم**﴾[البقرة :١٩٤] ، وكقوله تعالى : ﴿**وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به**﴾[النحل :١٢٦] ، وكقوله تعالى : ﴿**وجزاء سيئةٍ سيئةٌ مثلها** ﴾[الشورى :٤٠] ، وكقوله ،

---

(١) كاللفظ « من أجل » في قوله تعالى : ﴿**من أجل ذلك كتبنا على بني إسرائيل أنه من قتل نفسا بغير نفس فكأنما قتل الناس جميعا...**﴾[المائدة : ٣٢] وكاللفظ « كي » في قوله تعالى : ﴿**كي لا يكون دولة بين الأغنياء منكم**﴾[الحشر : ٧]

(٢) وقد جمعها وزاد عليها الأستاذ الزرقاء في كتابه : الفعل الضار . انظر : الزرقاء : **الفعل الضار** ، ص١٧ـــ٥٧ . وانظر ، أيضا : الزحيلي ، **نظرية الضمان** ، ص١٧،١٦ .

(٣) وتتعدد طرق الإيماء عند الأصوليين ويجمعها القول بأنها طرق تتحد في كون الشارع لم يستخدم فيها ألفاظا موضوعة لغة للتعليل . وذلك كترتيب الحكم على وصف مباشرة ، من غير حرف تعليل ، كقوله تعالى : ﴿**والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما**﴾[المائدة : ٣٨] . انظر : الزركشي : محمد بن بهادر ، **البحر المحيط** ، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ، الكويت ، طبعة مصورة ، ج٥ ، ص١٩٧ .

صلى الله عليه وسلم : لعائشة لما كسرت إناء صفية : «طعامٌ بطعام وإناء بإناء»[1] ـــ تومئ إلى المعنيين التاليين :

أولا : **معنى الجبر** ، وذلك من خلال النص على اشتراط المثلية في الجزاء ، وذلك في الأدلة المسوقة كلها ، ولا يُفهم من المثلية إلا قصد الشارع إلى إعادة الوضع قبل حصول الضرر إلى ما كان عليه ، لا زائدا ولا ناقصا . وهذا دال على توجه إرادته إلى جبر الضرر .

ثانيا : **معنى الزجر** ، وذلك من خلال تعبير الشارع عن استيفاء الضمان بلفظ الاعتداء ، والعقاب ، والسيئة ، فكلُّها ألفاظ موحية ، بقوة ، إلى إرادة الزجر .

وقول المفسرين : إن التعبير عن استيفاء الحق في هذه الآيات بمثل هذه التعبيرات إنما جاء على عادة العرب في المشاكلة بين الألفاظ ـــ على فرض القول به[2] ـــ لا يقدح فيما قررنا ، لأن المشاكلة نفسها لا تراد عبثا وإنما لمعنى ، هو في حالتنا هذه معنى الزجر والجزاء الذي هو من جنس العمل .

وأما الحديث : «طعام بطعام وإناء بإناء» ، فقد جاء في بعض طرقه ما يدل على أنه جاء في معنى العقوبة ، وهو قول عائشة ، رضي الله عنها ، بعد أن كسرت الصحن : «يا رسول الله ما كفارة ما صنعت ؟ قال : إناء كإناء وطعام كطعام»[3] . فقولُها : «**ما كفارة ما**

---

(١) الترمذي : أبو عيسى محمد بن عيسى ، **السنن** ، ترقيم أحمد محمد شاكر ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، رقم (١٣٥٩) ،كتاب الأحكام عن رسول الله ، صلى الله عليه وسلم ، باب ما جاء فيمن يُكسر له الشيء ما يحكم له من مال ، وقال حسن صحيح . والحديث بمعناه في البخاري : محمد بن إسماعيل ، **الصحيح** ، ترقيم مصطفى ديب البغا ، دار ابن كثير واليمامة ، بيروت ، ط٣ ، ١٤٠٧هـــ=١٩٨٧م ، رقم (٤٩٧٢) ، كتاب النكاح ، باب الغيرة .

(٢) قال : الألوسي ، في قوله تعالى : ﴿**فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به**﴾[النحل : ١٢٦] : « **أي مثل ما فُعل بكم ، وقد عبر عنه بالعقاب على طريقة إطلاق اسم الْمُسبَّب على السَّبب ، نحو : كما تدين تُدان ، على نهج المشاكلة . وقال الخفاجي : إن العقاب في العُرف : مطلقُ العذاب ولو ابتداءً ، وفي أصل اللغة : المجازاة على عذاب سابق . فإن اعتُبر الثاني فهو مشاكلة ، وإن اعتُبر الأول فلا مشاكلة** » . الألوسي : شهاب الدين محمود ، **روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني** ، دار الفكر ، بيروت ، ١٤٠٨هـــ ، م٧ ، ج١٤ ، ص٢٥٧ .

(٣) أبو داود : سليمان بن الأشعث ، **السنن** ، ترقيم محمد محيي الدين عبد الحميد ، دار الفكر ، بيروت ، رقم (٣٥٦٨) ، كتاب البيوع ، باب من أفسد شيئا يغرم مثله . والنسائي : أحمد بن شعيب ، **السنن الصغرى ـــ المجتبى** ، ترقيم عبد الفتاح أبو غدة ، مكتبة المطبوعات الإسلامية ، حلب ، ط٢ ، ١٤٠٦هـــ=١٩٨٦م ، رقم (٣٩٥٧) ، كتاب عشرة النساء ، باب الغيرة . وقال الحافظ ابن حجر : إسناده ↵

صنعت ؟ » ــ والكفارة تحمِل ، من ضمن ما تحمل ، معنى الزجر لأن التكفير في الأصل إنما يقابل الذنب ــ وردُّه ، صلى الله عليه وسلم ، على سؤالها بإيجاب الضمان ، دليلٌ بيِّنٌ على قصد معنى الزجر بهذا الإيجاب .

فإذا تقرر هذا الذي ذكرنا ، تبين لنا أن نصوص إيجاب الضمان تومئ إلى أن الحكمة أو الغاية أو المصلحة الباعثة عليه هي مجموع وصفي الزجر والجبر .

(ص ١٢٨)

الاعتراضات الواردة على أدلة الضمان المذكورة

لكن هيهات تصفو لنا هذه النتيجة ، مع الاعتراضات القوية التي يمكن إيرادها على أدلة الضمان آنفة الذكر من حيث دلالة هذه الأدلة على حكم الضمان نفسه :

فأما الآيات فكلها نازلة في إيجاب القصاص ، أو رد العدوان بالمثل . وإذا كانت كذلك فلا يسوغ الاستدلال بها على الضمان ، لأن القصاص إتلاف للمثل ، والضمان تعويض بالمثل ، وشتان بين الأمرين . أما كونها نازلة في إيجاب القصاص ، وأنه هو المعنيُّ بها ، فيظهر ذلك من خلال السياق ــ وهو ضروري في توجيه النص[1] ــ أو من خلال سبب النزول . وإليك البيان :

أما قوله تعالى : ﴿**فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم** ﴾[البقرة : ١٩٤] فبعض آية مجتزأ من آية مطلعها : ﴿**الشهر الحرام بالشهر الحرام والحرمات قصاص**﴾[البقرة : ١٩٤] . وهذه الآية مسبوقة بقوله تعالى : ﴿**وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة ويكون الدين لله فإن انتهوا فلا عدوان إلا على الظالمين**﴾[البقرة : ١٩٣] وهذا دال على أنها جاءت في سياق الجهاد والقتال ، وقد كان يُشترط فيه ، في ابتداء شرعه ، أن يكون مقابل العدوان لا غير .

وأما قوله تعالى : ﴿**وجزاء سيئةٍ سيئةٌ مثلها**﴾[الشورى :٤٠] فكسابقتها ، إذ قد سُبقت بقوله تعالى : ﴿**والذين إذا أصابهم البغي هم ينتصرون**﴾[الشورى : ٣٩] ، وجاء بعدها قولُه تعالى : ﴿**ولَمَن انتصر بعد ظلمه أولئك ما عليهم من سبيل**﴾[الشورى : ٤١] وكل هذا آتٍ في سياق العقوبة

حسن . انظر : ابن حجر : أحمد بن علي العسقلاني ، **فتح الباري بشرح صحيح البخاري** ، دار الريان للتراث ، القاهرة ، ط١ ، ١٤٠٧هـ=١٩٨٦م ، ج٥ ، ص ١٤٩ .

(١) أفضنا الكلام في السياق : معناه وضابطه ومستوياته ومباحثه وتأثيره على دلالة النص...الخ في رسالتنا الدكتوراه انظر : صالح : أيمن علي عبد الرؤوف ، ٢٠٠١م ، **القرائن المحتفة بالنص وأثرها على دلالته** ، رسالة دكتوراه ، الجامعة الأردنية ، الأردن ، ص ١٦٢-١٨٢ .

والأخذ بها أو العفو عنها ، وهذا لا يستقيم والضمان ، إلا إذا قلنا : إنه ، أي الضمان ، عقوبة خالصة شُرعت للزجر . وهذا لا يقول به أحد ، أعني من فقهاء الإسلام .

وأما قوله تعالى : ﴿**وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به**﴾[النحل : ١٢٦] فقد نزل عقب غزوة أحد وتمثيل المشركين بالشهداء ، فقال الصحابة : «**لئن أصبنا منهم يوما مثل هذا لنربين عليهم**»[1] ، ولذا فالآية بينة في أنها نزلت في الاقتصاص والعقوبة بالمثل . والضمان ليس من هذا الأمر بسبيل .

وأما الحديث : «طعام بطعام وإناء بإناء»[2] فقد وُجه للاستدلال به على الضمان نقدان :

أحدهما : ما قاله البيهقي عن بعض أهل العلم : إن «**الصحفتين جميعا كانتا للنبي ، صلى الله عليه وسلم ، في بيتي زوجتيه ، ولم يكن هنا تضمين إلا أنه عاقب الكاسرة بترك المكسورة في بيتها ونقل الصحيحة إلى بيت صاحبتها**»[3] . أي أن القصعتين : المكسورة ، وبديلتها ، كلتيهما تعود ملكيتهما إلى الرسول ، صلى الله عليه وسلم . وعليه ، لم يكن هناك ثمة طرفان ضامن ومضمون له حتى يُستدل بهذا الحديث على حكم الضمان .

والنقد الآخر : هو أن الطعام ليس من المثليات حتى يُضمن بالمثل ، لا سيما أن في بعض طرق الحديث ما يشير إلى أن الطعامين كانا مختلفين كما يقول الحافظ ابن حجر ، رحمه الله تعالى[4] . ومن هنا ، كان الحديث مشكلا على مذهب الفقهاء ، إذ إنهم لا يضمِّنون ما لم يكن مثليا إلا بالقيمة . وعليه ، كان ما حكاه البيهقي متوجها بأنْ ليس في الحديث ثمة تضمين بل عقاب .

(ص١٢٩)

(١) الترمذي ، **السنن** ، رقم (٣١٢٩) ، كتاب تفسير القرآن ، باب ومن سورة النحل . وقال : حسن غريب .

(٢) الترمذي ، **السنن** ، برقم (١٣٥٩) ،كتاب الأحكام عن رسول الله ، صلى الله عليه وسلم ، باب ما جاء فيمن يُكسر له الشيء ما يحكم له من مال ، وقال حسن صحيح . والحديث بمعناه في البخاري ، **الصحيح** ، رقم (٤٩٢٧) ، كتاب النكاح ، باب الغيرة .

(٣) البيهقي : أبو بكر أحمد بن الحسين ، **السنن الكبرى** ، تحقيق محمد عبد القادر عطا ، مكتبة دار الباز ، مكة المكرمة ، ١٤١٤هـ=١٩٩٤م ، ج٦ ، ص٩٦ .

(٤) ابن حجر ، **فتح الباري** ، ج٥ ، ص١٥٠ .

وبالإمكان مناقشة هذه الاعتراضات الواردة على أدلة الضمان جميعها بالقول : إن العبرة هي لعموم اللفظ لا لخصوص السبب ، وبالتالي فلا يسلَّم تخصيص عموم هذه الأدلة بالسياقات المقالية والحالية المحتفة بها .

لكن ، مع ذلك لا يمكننا الاعتماد على هذه الأدلة ــ وهي موضع جدل ــ في استنباط حكمة الضمان .

المقصد الثاني

مسلك المناسبة وحكمة الضمان

وإذا لم يفلح مسلكا النص والإيماء في الكشف عن حكمة الضمان ، فلا بد من اللجوء إلى مسلك المناسبة ، والذي هو مُعوَّل الفقهاء في معظم تعليلاتهم[(١)] . ومن خلال الخوض في استخدام هذا المسلك ستتضح لنا معالم نظرية الضمان ومحدداتها .

فبالنظر العقلي يبدو لنا أن المعنى المقصود من مشروعية الضمان هو واحد من الاحتمالات الثلاثة الآتية :

١. إما مجرد زجر الناس عن إلحاق الأضرار بالآخرين ، وذلك لأن علم الشخص بترتب تعويض مادي عليه نتيجة لفعله الضار ــ عامدا كان أو غير عامد ــ سيجعله متحرزا عن هذا الفعل ، وعن الأفعال التي قد تفضي إليه ، وبهذا تقل الأفعال الضارة العمدية وغير العمدية في المجتمع . ولنسم هذا المعنى بــ «الزجر المحض» .

٢. وإما مجرد جبر ضرر الشخص المتضرر ، وهذا الجبر يتخذ شكلين :

أحدهما : الجبر المادي ، وذلك عن طريق التعويض بالمثل أو القيمة ، وفي هذا الجبر مصلحة ظاهرة للمتضرر .

---

(١) قال الزركشي في « المناسبة » : « **هي من الطرق المعقولة ، ويُعبر عنها بالإخالة ، وبالمصلحة ، وبالاستدلال ، وبرعاية المقاصد ، ويُسمى استخراجها تخريج المناط لأنه إبداء مناط الحكم . وهي عمدة كتاب القياس وغمرته ومحل غموضه ووضوحه** » . وقيل في تعريف الوصف الناسب : « **هو الملائم لأفعال العقلاء في العادات** » . وقيل : « **هو ما يجلب للإنسان نفعا أو يدفع عنه ضرا** » . وقال الدبوسي : « **هو ما لو عُرض على العقول تلقته بالقبول** » . انظر : الزركشي ، **البحر المحيط** ، ج٥ ، ص٢٠٦ .

والشكل الآخر : الجبر المعنوي ، وذلك عن طريق شفاء غيظ هذا الشخص المتضرر . وفي هذا النوع من الجبر مصلحتان : مصلحة نفسية خاصة للمتضرر بسكون نفسه وهدوء ثائرته ، ومصلحة عامة باستتباب الأمن والتوقف عن الفعل ورد الفعل ، أو الثأر ، المؤدي إلى مفاسد متضاعفة . ولنسم معنى الجبر هذا ، بشقيه المادي والمعنوي ، بـــ «الجبر المحض» .

٣. وإما مجموع وصفي الزجر والجبر ، بأن يكون كلا المعنيين مقصودا للشارع من شرع الحكم بالضمان . ولنسم هذا المعنى بـــ «الزجر والجبر معا» .

وعليه ، فحكمة الضمان ، بالتقسيم والنظر العقلي ، تدور حول معنيين ، هما الزجر والجبر : إما بانفراد كل واحد منهما على حدة ، وإما بمجموعهما .

(ص ١٣٠)

ودورنا الآن بعد الوفاء بمهمة « التقسيم » ، أن نمارس مهمة « السبر »[١] لفحص أي من هذه الأوصاف المناسبة يصلح ، من الوجهة الشرعية ، أن يكون حكمة للضمان .

«سبر» الحكم المناسبة المحتملة لحكم الضمان :

أولا : حكمة الزجر المحض :

إن القول بأن الضمان شرع لحكمة «الزجر المحض» يقتضي أن يكون الضمان مجرد عقوبة[٢].

ومن عدم الصواب القول بأن هذه الحكمة هي مقصود الشارع من الحكم بالضمان ؛ وذلك للأسباب التالية :

---

(١) قال الأستاذ علي حسب الله : « **إذا وجد** [المجتهد] **في الفعل عدة أوصاف مناسبة كان سبيله إلى تعيين أحدها** : « **التقسيم والسبر** » . **أما التقسيم : فهو حصر الأوصاف المناسبة التي تصلح علة لحكم الأصل في نظر المجتهد . وأما السبر فهو بحث كل وصف من هذه الأوصاف واختباره ، ليصل المجتهد إلى إبطال بعضها ، ولو بدليل ظني ، فيسلم له منها وصف لا يحتمل الإبطال فيكون هو العلة** » . حسب الله : علي ، **أصول التشريع الإسلامي** ، دار المعارف ، مصر ، ط٥ ، ١٣٩٦هـــ=١٩٧٦م ، ص١٥٧ .

(٢) وقد مالت إلى ذلك بعض التشريعات الوضعية ، كالقانون العرفي الإنجليزي في مرحلة من مراحل التطور التاريخي له ، إذ لم يكن يوجب الضمان على الشخص إلا إذا توافر لديه القصد السَّيء أو التعمد . انظر : سراج : محمد أحمد ، **ضمان العدوان في الفقه الإسلامي** ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، ط١ ، ١٤١٤هـــ=١٩٩٣م ، ص٨٠ .

أولا : للاتفاق على وجوب الضمان على المخطئ . قال ابن حزم : ((**لا يختلف اثنان من الأمة في أن من رمى سهما يريد صيدا فأصاب إنسانا أو مالا فأتلفه فإنه يضمن**))[1] . وقد دل النص القرآني على وجوب الضمان على المخطئ ، وذلك في قوله ، تعالى : ﴿**ومن قتل مؤمنا خطئا فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله**﴾[النساء : ٩٢] . فلو كان المقصود من الضمان هو الزجر المحض لما وجب على المخطئ ؛ إذ الخطأ مرفوع شرعا لقوله ، صلى الله عليه وسلم : ((إن الله تجاوز عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه))[2] ، فليس فيه عقاب ، ولا عنه زجر .

ثانيا : للاتفاق على تضمين الصبي المميز ، وهو ليس من أهل العقوبة كذلك . قال النووي ، رحمه الله تعالى : ((**إن غرامة المتلفات لا يُشترط لها التكليف بالإجماع ، بل لو أتلف الصبي أو المجنون أو الغافل وغيرهم ممن لا تكليف عليه شيئا وجب ضمانه بالاتفاق**))[3] .

ثالثا : لوجوب الضمان على المضطر عند جمهور العلماء[4] ، كما هو في حالة من يضطر إلى أكل مال الغير للإبقاء على نفسه ، مع أن المضطر ليس من أهل العقوبة الذين يستحقون الزجر ، بل هو قائم بواجب أوجبه عليه الشرع هو الإبقاء على نفسه . قال الآمدي : ((**لا نسلم أن الضمان من حيث هو ضمان عقوبة ، ولهذا يجب في مال الصبي والمجنون وليسا أهلا للعقوبة . وكذلك يجب على المضطر في المخمصة إذا أكل مال غيره مع أن الأكل واجب عليه حفظا لنفسه ، والواجب لا عقوبة على فعله . وكذلك يجب الضمان على من رمى إلى صف الكفار فأصاب مسلما ، مع أنه مأمور بالرمي وهو مثاب عليه**))[5] .

---

(١) ابن حزم : أبو محمد علي بن أحمد ، **المحلى بالآثار** ، دار الآفاق الجديدة ، بيروت ، ج١١ ، ص٢ .

(٢) ابن ماجة : محمد بن يزيد ، **السنن** ، ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي ، دار الفكر ، بيروت ، (٢٠٤٣) ، كتاب الطلاق ، باب طلاق المكره والناسي ، وغيره ، حسنه النووي وصححه الحاكم ، وضعفه أحمد وابن أبي حاتم ومحمد بن نصر . انظر : ابن حجر : أحمد بن علي العسقلاني ، **تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير** ، تحقيق ونشر عبد الله هاشم ، المدينة المنورة ، ج١ ، ص٢٨١ .

(٣) النووي : أبو زكريا يحيى بن شرف ، **المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج** ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ط٢ ، ١٣٩٢هـ ، ج٥ ، ص١٨٦ .

(٤) انظر : النووي ، **المجموع** ، ج٩ ، ص٤٧ .

(٥) الآمدي ، **الإحكام** ، ج٣ ، ص١٩ .

رابعا : لورود النص وحصول الإجماع على أن دية القتل الخطأ تجب على عاقلة القاتل لا على القاتل نفسه . قال ابن قدامة : ((**لا نعلم بين أهل العلم خلافا في أن دية الخطأ على العاقلة . قال ابن المنذر : أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم . وقد ثبت الأخبار عن رسول الله ، صلى**

(ص ١٣١)

الله عليه وسلم ، أنه قضى بدية الخطأ على العاقلة ، وأجمع أهل العلم على القول به))[(١)] . ولو كان وجوب هذه الدية لمحض الزجر لوجبت على القاتل فقط ، كما هو الحال في دية القتل العمد .

خامسا : للاتفاق على أن الضمان ودفع الدية إنما يكون للمتضرر أو لأهل المقتول ، لقوله تعالى : ﴿**ودية مسلمة إلى أهله**﴾[النساء :٩٢] لا لبيت المال . ولو كانت الدية للزجر المحض لكان يجب دفعها إلى بيت المال كما هو الحال في العقوبة بأخذ المال عند القائلين بجوازها .

سادسا : لقول أكثر الفقهاء بأن الضمان ـــ سواء أكان للنفس أو المال ـــ لا يتعدد بتعدد المتسببين في الضرر أو اشتراكهم ، فلو اشترك خمسة في قتل شخص لوجبت عليهم دية واحدة لا خمس ديات[(٢)] . ولو كان المقصود بالضمان الزجر لتعدد بتعدد المتسببين بالضرر حتى يحصل الزجر لكل واحد منهم .

فإذا تقرر ما قلنا لم يصح القول بأن الضمان شرع لحكمة الزجر المحض . فلننظر في الحكمة الثانية وهي :

ثانيا : حكمة الجبر المحض :

والقول بهذه الحكمة يقتضي تحميل الضمان لا للمتسبب فيه ، وإنما للجهة التي هي أقدر على تحمله ، كالمؤسسة ، أو المصنع ، أو الدولة . وهذا بالفعل ما أخذت به بعض الدول كنيوزيلندا وبعض الولايات الأمريكية في مجال الإصابات البدنية . ويقوم النظام النيوزيلندي على تصنيف المستفيدين منه إلى ثلاثة أصناف :

الأول : العاملون في الدولة والقطاع الخاص ، ومن يعولونهم ، ويجب على هؤلاء تمويل تكلفة تعويضاتهم بالتكافل فيما بينهم .

---

(١) ابن قدامة ، **المغني** ، ج٨ ، ص٢٩٧ .

(٢) انظر : الصنعاني : محمد بن إسماعيل الأمير ، **سبل السلام شرح بلوغ المرام** ، تحقيق محمد الخولي ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ط٤ ، ١٣٧٩هـــ ، ج٣ ، ص٢٤٣ .

والثاني : المصابون في حوادث الطرق ومن يعولونهم ممن يجري تعويضهم من حصيلة التأمين الجبري المفروض على أصحاب المركبات .

والثالث : المصابون الآخرون من غير الشرائح الاجتماعية السابقة ، كربات البيوت ، وغير العاملين ، والسياح ، ومن يعولونهم ، وهؤلاء تتحمل الدولة تعويضاتهم من خزانتها العامة[1] .

وهل هذه الحكمة ــ الجبر المحض ــ هي المقصودةُ شرعا ؟ ... في هذا مجال للنظر ، ويمكن أن يُستدل لذلك بما يلي :

أولا : إيجاب الشارع الدية على العاقلة لا على المتسبب في الضرر ، وقد ورد بذلك النص ، ووقع عليه الإجماع كما قلنا سابقا . وهذا يدل على قصد الجبر المحض ، وإلا فلو قلنا : إنه جبر وزجر ، أو جبرٌ

(ص١٣٢)

مَشُوبٌ بالزجر ، لما وجب إلا على الذي ارتكب الخطأ نفسه ، لقوله تعالى : ﴿ ولا تزر وازرة وزر أخرى﴾[فاطر :١٨] .

ثانيا : نَقْلُ سيدنا عمر ، رضي الله تعالى عنه ، الدية من العاقلة إلى أهل الديوان[2] يدل على التفاته إلى هذا المعنى ؛ لأن أهل الديوان أقدر على تحمل الضمان من العاقلة .

ثالثا : إيجاب سيدنا عمر ، رضي الله عنه ، دية من أصاب نفسه خطأ على عاقلته لورثته[3] ، وهو ما ذهب إليه الأوزاعي وأحمد في رواية وإسحاق[1] ، دال أيضا على معنى الجبر المحض .

---

(١) انظر : سراج ، **ضمان العدوان** ، ص٣٤ .

(٢) قال ابن عبد البر : « **أجمع أهل السير والعلم بالخبر أن الدية كانت في الجاهلية تحملها العاقلة فأقرها رسول الله ، صلى الله عليه وسلم ، ثم جاء الإسلام فجرى الأمر على ذلك حتى جعل عمر الديوان** » . ابن عبد البر : أبو عمر يوسف بن عبد الله النمري ، **الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار فيما تضمنه الموطأ من معاني الرأي والآثار وشرح ذلك كله بالإيجاز والاختصار** ، ط١ ، دار الوغى ، حلب والقاهرة ، ١٤١٤هـــ ، ج٢٥ ، ص٢٢١ .

(٣) روى عبد الرزاق عن ابن جريج قال : « **قلت لعطاء : الرجل يصيب نفسه بالجرح خطأ ؟ قال : يعقله عاقلته . يقال : يَدٌ من أيدي المسلمين . ثم أخبرني بينا رجل يسير على دابته ضربها فرجعت ثمرةُ سوطه ففقأت عينه ، فكتب فيها عمرو بن العاص إلى عمر ، فكتب عمر : إن قامت البينة أنه أصاب نفسه خطأ فليودَ . قال عمر : يدٌ من أيدي المسلمين** » . وعن عبد الرزاق عن معمر عن قتادة : « **أن رجلا فقأ عين نفسه فقضى له عمر بن الخطاب بعقله على عاقلته** » . الصنعاني : أبو بكر عبد الرزاق بن همام ، **مصنَّف** ←

رابعا : إيجاب جماهير الفقهاء الضمان على الصغير ، والمجنون ، والمخطئ ، والنائم ، وغير هؤلاء ممن لا يستحقون الزجر .

خامسا : إيجاب جماهير الفقهاء ، أيضا ، الضمان على المضطر ، منطلقين في ذلك من القاعدة : الاضطرار لا يبطل حق الغير(٢) .

سادسا : تصريح كثير من الفقهاء والأصوليين بهذه الحكمة من الضمان ولم يذكروا غيرها . فمن ذلك على سبيل المثال : قول العز بن عبد السلام : بأن الضمان شرع لـــ «**جبر ما فات من مصالح حقوق الله وحقوق عباده ، ولا يُشترط في ذلك أن يكون من وجب عليه الجبر آثما ، ولذلك شُرع الجبر مع الخطأ والعمد والجهل والعلم والذكر والنسيان وعلى المجانين والصبيان**»(٣) . وقول السرخسي : «**الضمان إنما يجب جبرانا للفائت**»(٤) . وقول الكاساني : «**ضمان الغصب لا يخلو : إما أن يكون ضمان زجر ، وإما أن يكون ضمان جبر ، ولا سبيل إلى الأول ؛ لأنه يجب على من ليس من أهل الزجر ؛ ولأن الانزجار لا يحصل به فدل أنه ضمان جبر**»(٥) . وقول ابن مفلح : «**القصد بالضمان جبر حق المالك بإيجاب قدر ما فُوِّت عليه**»(٦) . وقول ابن قدامة : «**المقصود بالدية جبر المفوَّت**»(٧) . وقول عبد العزيز البخاري : «**ولهذا تعددت الكفارة بتعدد الأفعال مع اتحاد المحل كالجناية على الصيد في الإحرام ، بخلاف الدية فإنها وجبت بدلا عن المحل بطريق الجبر ولهذا وجبت دية واحدة على الجماعة وإن تعددت الجناية**»(٨) .

عبد الرزاق ، تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، ط٢ ، ١٤٠٣هـــ ، ج٩ ، ص٤١٥،٣٣٠ .

(١) انظر : ابن حجر ، **فتح الباري** ، ج١٢ ، ص ٢٢٨ .

(٢) **المجلة** ، ص١٩ .

(٣) العز بن عبد السلام : أبو محمد عز الدين بن عبد العزيز السلمي ، **قواعد الأحكام في مصالح الأنام** ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ج١ ، ص١٥٠ .

(٤) السرخسي : أبو بكر محمد بن أحمد ، **المبسوط** ، دار المعرفة ، بيروت ، ١٤٠٦هـــ ، ج١١ ، ص٧٤ .

(٥) الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٧ ، ص١٤٣ .

(٦) ابن مفلح : أبو إسحاق إبراهيم بن محمد بن الأكمل ، **المبدع شرح المقنع** ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، ج٥ ، ص١٦٣ .

(٧) ابن قدامة ، **المغني** ، ج٧ ، ص٧٤٦ .

(٨) البخاري : علاء الدين عبد العزيز بن أحمد ، **كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام** ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، ط٢ ، ١٤١٤هـــ ، ١٩٩٤م ، ج٤، ص٢٥٦ .

وسنناقش هذه الأدلة لاحقا .

ثالثا : حكمة الزجر والجبر معا :

ومقتضى هذه الحكمة المركبة ارتفاع التضمين عن كل فعل لا يكون مظنة لتحقق وصفي الحكمة كليهما : الزجر والجبر .

(ص ١٣٣)

فأما الجبر ، فقد سيقت الأدلة عليه آنفا ، بل يكاد لا يوجد خلاف في أن الجبر هو المقصود الأساس من الضمان ، ولكن هل هو متمحِّض ، أم يرافقه ويتبعه معنى الزجر ؟ هذا هو محل الخلاف .

وتكمن فائدته في أنه هل يصح القول بالضمان في عدد من الصور ــ سنأتي على بعضها ــ من الممكن أن ينتفي فيها وصف الزجر ، المقابل للخطأ ، بالكلية أم لا ؟

ما أرجحه هو أنه لا بد من وجود عنصر « الخطأ » أو «العدوان» في الفعل الموجب للضمان ، وبالتالي ، فالزجر عن هذا الخطأ أو العدوان مقصود بالضمان بلا بد . وذلك لما يلي :

أولا : أن كون الشخص الذي وقع عليه الضرر متعديا عند لحاق الضرر به ــ كالصائل مثلا ــ مسقطٌ لضمان ضرره . فلو كان المقصود هو الجبر المحض ، من غير ما زجر ، لترتب الضمان في هذه الحالة لأن الضرر حاصل . ويدل على سقوط الضمان في هذه الحالة ، فضلا عن أدلة هدر دم الصائل الكثيرة ، دليلان صريحان :

أحدهما : ما روى الشيخان عن عمران بن حصين : أن رجلا عض يد رجل فنزع يده من فمه فوقعت ثنيَّتاه ، فاختصموا إلى النبي ، صلى الله عليه وسلم ، فقال : «يعض أحدكم أخاه كما يعض الفحل ، لا دية له»[1] . فالحديث واضح في أن المعتدي إذا ناله الضرر نتيجة لاعتدائه فلا ضمان له .

---

(١) البخاري ، **الصحيح** ، (٦٤٩٧) ، كتاب الديات ، باب إذا عض رجلا فوقعت ثناياه . ومسلم بن الحجاج ، **الصحيح** ، ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، (١٦٧٣) ، كتاب القسامة والمحاربين والقصاص والديات ، باب الصائل على نفس الإنسان أو عضوه إذا دفعه المصول .

والدليل الثاني : ما روى الشيخان ، عنه ، صلى الله عليه وسلم ، قال : «لو أن امرأ اطلع عليك بغير إذن فحذفته بحصاة ففقأت عينه لم يكن عليك جناح»[1] . وفي روايات للحديث عند غير البخاري : «ما كان عليك من ذلك من شيء» ، و«فلا دية ولا قصاص» ، و «فهو هدر»[2] .

فنجد من خلال هذين الدليلين أن عنصر الضرر المستلزم للجبر قد تحقق ، ولكن عنصر الخطأ أو العدوان المستلزم للزجر لم يتحقق ، فانتفى الضمان . ولو كان وصف الجبر متمحِّضا في القصد لما انتفى الضمان في مثل هذه الحالة .

ثانيا : أن الدواب لا يضمن صاحبها بإطلاق الحالات ، بل حالة ما إذا قصر أو أهمل فقط ، وذلك لقوله ، صلى الله عليه وسلم : «العجماء عقلها جبار»[3] . ولو كان المقصود الجبر المحض لضمن صاحب العجماء مطلقا ، كما ينادي به أصحاب نظرية تحمُّل التبعة .

ثالثا : أن هناك أفعالا زاد الشارع في قيمة أو كيفية ضمانها نتيجة لعظم الجرم أو قبحه ، وذلك مثل :

(أ) : تغليظ الدية في العمد وشبهه مطلقا .

(ب) : تضعيف الغرم على سارق الثمر المعلق .

(ج) : إيجاب الدية على الجاني لا العاقلة في القتل العمد .

(ص ١٣٤)

وهذا كله دال على أن الضمان قد يتأثر بنوع الجريمة الموجبة له مما يعني أنه لا يُقصد به الجبر المحض وإنما الجبر المشوب بالزجر .

وأما الرد على أدلة القول بأن الحكمة هي الجبر المحض فأجملها فيما يلي :

أما قولهم : بأن الشارع أوجب الضمان على العاقلة في القتل الخطأ ، وأن عمر ، رضي الله تعالى عنه ، أوجبه على أهل الديوان . وهذا يتنافى مع إرادة الزجر .

---

(١) البخاري ، **الصحيح** ، (٦٥٠٦) ، كتاب الديات ، باب من اطلع في بيت قوم ففقئوا عينه فلا دية له . ومسلم ، **الصحيح** ، (٢١٥٨) ، كتاب الآداب ، باب تحريم النظر في بيت غيره .

(٢) انظر هذه الروايات ورواتها عند ابن حجر ، **فتح الباري** ، ج١٢ ، ص ٢٥٥ .

(٣) البخاري ، **الصحيح** ، (٦٥١٥) ، كتاب الديات ، باب العجماء جبار . ومسلم ، **الصحيح** ، (١٧١٠) . كتاب الحدود ، باب جرح العجماء والمعدن والبئر جبار .

فالجواب عنه : هو أن هذا الأمر إنما كان من الشارع استثناء في حالة القتل الخطأ خاصة . وذلك لأن فقد النفوس ليس كفقد الأموال ، وهذا معلوم من المشاهد في اطراد العادات ؛ فالناس ، في أغلبهم ، لا يستبدلون ، لو خُيروا ، مال الدنيا بميِّتهم ، ولا مساواة أو تماثل أصلا بين نفس الإنسان والمال بالغا ما بلغ هذا المال . ونظرا لذلك فإن الشارع أراد أن يضْمَن ـــ بأفضل وسيلة وأسرعها ـــ حصولَ المواساة لأهل القتيل بمبلغ جيد من المال تخفيفا لألمهم ، ومنعا لاشتعال ثائرة الانتقام في نفوسهم . فعدل عن معنى زجر الجاني في هذه الحالة لهذه المصلحة التي هي أكبر من الزجر . وأناط الضمان بجهة هي أقدر على دفعه ، لاسيما وهو مبلغ كبير نسبيا لا يقوى الجاني ، غالبا ، على دفعه وحده .

إذن ، إيجاب ضمان النفس في القتل الخطأ وجب على العاقلة لا على الجاني ، استثناء من قاعدة الضمان لحكم متعددة :

منها : ضمان وصول التعويض لأهل المقتول بأسرع وسيلة وأوثقها ، تخفيفا لمصابهم ، وإطفاء لثائرة الانتقام في نفوسهم .

ومنها : أن دية القتل الخطأ كبيرة نسبيا إذا ما قيست بضمان باقي المتلفات ، ولذا لا يقوى الفرد على أدائها فوجبت على العاقلة .

وفي هذا الصدد يقول ابن القيم ، رحمه الله تعالى : «**العقل فارق غيره من الحقوق في أسباب اقتضت اختصاصه بالحكم ، وذلك أن دية المقتول مالٌ كثير ، والعاقلة إنما تحمل الخطأ ، ولا تحمل العمد بالاتفاق ، ولا شبهه على الصحيح . والخطأ يُعذر فيه الإنسان ، فإيجاب الدية في ماله ضررٌ عظيم عليه من غير ذنب تعمده . وإهدار دم المقتول من غير ضمان بالكلية فيه إضرار بأولاده وورثته ، فلا بد من إيجاب بدله . فكان من محاسن الشريعة وقيامها بمصالح العباد أن أوجب بدلَه على من عليه موالاة القاتل ونصرته ، فأوجب عليهم إعانته على ذلك . وهذا كإيجاب النفقات على الأقارب وكسوتهم...وكإيجاب فكاك الأسير من بلد العدو ؛ فإن هذا أسير بالدية التي لم يتعمد سبب وجوبها ، ولا وجبت باختيار مستحقِّها...وليست قليلة ، فالقاتل في الغالب لا يقدر على حملها . وهذا بخلاف العمد ؛**

(ص ١٣٥)

فإن الجاني ظالم مستحق للعقوبة ليس أهلا أن يحمل عنه بدل القتل . وبخلاف شبه العمد ؛ لأنه قاصد للجناية متعمدٌ لها ، فهو آثم معتد . وبخلاف بدل المتلف من الأموال ، فإنه قليل في الغالب لا يكاد المُتلِف يعجز عن حمله . وشأن النفوس غير شأن الأموال...والمقصود أن حمل الدية من جنس ما أوجبه الشارع من الحقوق

لبعض العباد على بعض ، كحق المملوك والزوجة والأقارب والضيف ، وليست من باب عقوبة الإنسان بجناية غيره ، فهذا لون وذاك لون . والله الموفق))[1] .

وما تضمنه كلام ابن القيم هذا ــ وقد سبقه إليه شيخه ابن تيمية رحمه الله تعالى[2]ــ من أن وجوب دية القتل الخطأ على العاقلة لا على القاتل ، بخلاف ضمان باقي المتلفات ، إنما كان لارتفاع قيمة الدية بخلاف ضمان باقي المتلفات من الأموال في الغالب ، ليس دقيقا ؛ إذ هو معارض بكون الفقهاء لم يجعلوا على العاقلة دية النفس فحسب ، بل وكذلك دية ما دون النفس ــ إذا كان إتلافها خطأ طبعا ــ مهما قلَّت قيمتها عند الشافعي ، وإذا بلغت ثلث الدية عند مالك وأحمد ، وإذا بلغت نصف العشر عند أبي حنيفة[3] . وبهذا نجد أن الحكمة من تضمين العاقلة دون القاتل لا تعود إلى ارتفاع قيمة الدية فحسب كما يمكن استخلاصه من كلام ابن القيم ، بل وإلى ما ذكرناه من تميز الإصابة البدنية بأنها لا تعوض ، وأن مال الدنيا كله لا يساوي فقدان النفس أو جزء منها ــ قال السرخسي : ((**إنه لا مماثلة بين الآدمي والمال صورة ولا معنى**))[4] ــ ولهذا احتاج الأمر إلى آلية تضمن سرعة الدفع والثقة به كبحا لنفوس أهل القتيل وتخفيفا مباشرا لمصابهم ، فكانت الدية على العاقلة .

ومن الدليل ، أيضا ، على تميز حكم ضمان النفس عن باقي المضمونات ، أن الشارع أوجب على القاتل خطأً ، بالإضافة إلى الدية ، الكفارة ، ولم يوجبها في فعل آخر من موجبات الضمان . وما ذلك ، في رأيي ، إلا تتميما للزجر الذي فات في الضمان بتحمل العاقلة له .

وفوق هذا كله ، فإن الأصوليين إذا أرادوا أن يمثلوا لما ورد على خلاف القياس مثلوا لذلك بتحمل العاقلة للدية ، قال إلكيا الهراسي : ((**ومنه** [أي من المعدول به عن سنن القياس] **الدية على**

---

(١) ابن القيم : محمد بن أبي بكر الجوزية ، **إعلام الموقعين عن رب العالمين** ، تحقيق طه سعد ، دار الجيل ، بيروت ، ١٩٧٣م ، ج٢ ، ص٣٦،٣٧ .

(٢) انظر : ابن تيمية : تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم ، **مجموع الفتاوى** ، جمع وتحقيق عبد الرحمن العاصمي ، مكتبة ابن تيمية ، ٢٠ج ، ص٥٥٣ .

(٣) انظر في ذلك : الشيرازي : أبو إسحاق إبراهيم بن علي ، **المهذب** ، دار الفكر ، بيروت ، ج٢ ، ص٢١١ . والبهوتي : منصور بن يونس بن إدريس ، **كشاف القناع عن متن الإقناع** ، تحقيق هلال مصيلحي ، دار الفكر ، بيروت ، ١٤٠٢هـ ، ج٦ ، ص٦٢ . وابن عبد البر ، **الكافي** ، ص٥٩٥ . والكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٧ ، ص٢٥٥ .

(٤) السرخسي : أبو بكر محمد بن أحمد ، **أصول السرخسي** ، تحقيق أبو الوفا الأفغاني ، دار المعرفة ، بيروت ، ١٣٧٢هـ ، ج١ ، ص٥٧،٥٨ .

العاقلة ، فإنها أثبتت على خلاف قياس المضمونات ، وكل قياس يتضمن إبطال هذا الاختصاص مردود »[1] .

وقال العز بن عبد السلام : « **وأما النفوس فإنها خارجة عن قياس جبر الأموال والمنافع والأوصاف ؛ إذ لا تجبر بأمثالها ولا تختلف باختلاف الأوصاف في الحسن والقبح والفضائل والرذائل ، وتختلف باختلاف الأديان والذكورة والأنوثة ، فيجبر المسلم بمائة من الإبل ، والمسلمة بخمسين من الإبل ، ويجبر اليهودي والنصراني بثلث دية المسلم ، وتجبر اليهودية والنصرانية بسدس دية المسلم ، ويجبر المجوسي بثمانمائة درهم ، والمجوسية بأربعمائة درهم ، ولا عبرة في جبر الأموال بالأديان ، فيجبر العبد المجوسي الذي يساوي**

(ص ١٣٦)

ألفا بألف ، ويجبر العبد المسلم الذي يساوي مائة بمائة ؛ لأن المجبور هو المالية دون الأديان »[2] .

ومن المفروغ منه أصوليا أن الوارد على خلاف القياس لا يرد نقضا على العلل ولا يجوز الاستمساك به[3] . فوهن بهذا البيان الدليل الأساس للقول بحكمة الجبر المحض .

وأما قولهم : بأن عمر ، رضي الله عنه ، قد أوجب دية قاتل نفسه خطأ على عاقلته . فيُجاب عنه بما سبق ، وهو أن دية القتل الخطأ بالذات ثابتة على خلاف قياس باقي المضمونات فلا يصح الاستمساك بها في القول بأن حكمة الضمان مطلقا هي الجبر المحض . ثم إنه قد ثبت أن النبي ، صلى الله عليه وسلم ، لم يضمِّن عاقلة قاتل نفسه خطأ كما في صحيح البخاري[4] . وما روي عنه ، صلى الله عليه وسلم ، أولى بالقبول مما روي عن عمر ، رضي الله عنه . ومع هذا فإنك لا تعدم مخرجا فقهيا لفعل عمر هذا ؛ لأنه من الممكن القول : إن عمر ، رضي الله عنه ، كلفهم دية المقتول من باب التكافل لا من باب الضمان . وتقديرُه التكافل بقدْر الدية إنما كان قياسا على ما

---

(١) نقله عنه ، الزركشي ، **البحر المحيط** ، ج٥ ، ص٩٦ .

(٢) العز بن عبد السلام ، **قواعد الأحكام** ، ج١ ، ص٥٧،٥٦ .

(٣) انظر : الزركشي ، **البحر المحيط** ، ج٥ ، ص٢٧١ .

(٤) قال البخاري ، كتاب الديات ، باب إذا قتل نفسه خطأ فلا دية له ، (٦٤٩٦) ، حدثنا المكي بن إبراهيم حدثنا يزيد بن أبي عبيد عن سلمة ، قال : خرجنا مع النبي ، صلى الله عليه وسلم ، إلى خيبر . فقال رجل منهم : أسمعنا يا عامر من هنيهاتك فحدا بهم . فقال النبي ، صلى الله عليه وسلم : من السائق ؟ قالوا : عامر . فقال : رحمه الله . فقالوا يا رسول الله هلا أمتعتنا به . فأصيب صبيحة ليلته . فقال القوم : حبط عمله قتل نفسَه . فلما رجعتُ وهم يتحدثون أن عامرا حبط عمله ، فجئت إلى النبي ، صلى الله عليه وسلم ، فقلتُ : يا نبي الله ، فداك أبي وأمي ، زعموا أن عامرا حبط عمله . فقال : كذب من قالها . إن له لأجرين اثنين ، إنه لجاهد مجاهد ، وأي قتل يزيده عليه . وانظر : ابن حجر ، **فتح الباري** ، ج١٢ ، ص٢٢٧ .

يجب في القتل الخطأ عموما . وهذا نوع من القياس الشَّبَهي يستخدمه الفقهاء في بعض الأحيان . والله أعلم .

وأما قولهم : بأن جماهير الفقهاء أوجبوا الضمان على الصغير ، والمجنون ، والمخطئ ، والنائم . فسأجيب عن ذلك ، حالة حالة . ومن خلال الجواب سيظهر لنا أثر حكمة الضمان ، كما قررناها ، على الأفعال الموجبة له عموما :

أما الصغير ، وهو من لم يبلغ سن البلوغ فقسمان : مميز ، وغير مميز .

فأما المميز : فإيجاب الضمان عليه في ماله لا ينافي الزجر ولا ينقضه لأنه من أهل المؤاخذة عموما لأن له إدراكا . وهو إن لم يكن من أهل الحدود والقصاص ، فقد نصَّ الفقهاء على مؤاخذته تأديبا في غير ما موضع[1] . وإنما قلنا بتضمينه مع أن إدراكه ناقص لأنا افترضنا بأن المقصود الأصلي هو الجبر ، وتابعية الزجر تتأتى مع الإدراك الناقص .

وأما غير المميز ، ومثله المجنون ، فتضمينهما مُشكِلٌ حقا . ولكني أقول : قد نلتزم القول بعدم ضمانهما ـــ كما هو رأي جماعة من السادة المالكية قياسا لهما على الدابة العجماء ـــ إلا إذا قصر وليهما في الحفظ والصون فالضمان حينئذ في ماله لا مالهما[2] ، وهذا هو الأليق بالقواعد. وحتى لو التزمنا القول بضمانهما، كما هو رأي الجمهور، فيمكن القول باستثناء هذه الحالة من حكمة الضمان استحسانا ؛ لأنا إذا أسقطنا الضمان عنهما وعن وليهما إذا لم يثبت تقصيره فحينئذ سنجعل الضرر ، وهو إما في المال أو البدن ، مهدورا ، مع أن العدل يقضي بأن يتحمل كل إنسان نتيجة فعله إذا كان قادرا على تحملها ، كما هو في حال الضمان الذي يجب في مال الصبي والمجنون إذا كان لهما مال ، ويدفعه من مالهما الولي .

(ص١٣٧)

وأما المخطئ والنائم ، فالزجر في حقهما ليس في مقابلة الفعل الضار نفسه ، لأن إثمه مرفوع شرعا ، وإنما على ترك التبصر أو الإهمال في أخذ الاحتياطات قبل القيام بالفعل الضار أو أثناءه . ومن هنا اشترط الفقهاء في تضمين المعتدي أن يكون فعله بحيث ينسب إلى الإهمال والتقصير عرفا ، أو

---

(١) انظر مثلا : الحطاب : محمد بن عبد الرحمن المغربي ، **مواهب الجليل في شرح مختصر خليل** ، دار الفكر ، بيروت ، ط٢ ، ١٣٩٨هـ ، ج٥ ، ٣٧٤ .

(٢) انظر : الدسوقي : محمد عرفة ، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير** ، تحقيق محمد عليش ، دار الفكر ، بيروت ، ج٣ ، ص٢٩٦ .

على الأقل أن يكون فعله مظنة لهما ، كما لا يخفى ذلك على من طالع ما يوردونه من أمثلة توجب الضمان .

وأما قولهم : بأن الضمان وجب على المضطر وليس هو آثما ولا معتديا حتى يستحق الزجر .

فالجواب عنه : أن هذا ليس متفقا عليه ؛ إذ قد ذهب البعض إلى أن المضطر لا يضمن ، وعليه فالمسألة في محل الاجتهاد . وفضلا عن ذلك أقول : حتى مع القول بتضمين المضطر فإن ذلك لا يتنافى وحكمة الزجر . وذلك ؛ لأن المرء لا يُدخل نفسه ، غالبا ، في مواطن الضرورة إلا نتيجة لقلة التبصر والنظر في العواقب قبل حصول هذه الضرورة . وعليه ، فالمضطر في مظنة التقصير ، ومن هنا وجب عليه الضمان زجرا عن تقصيره هذا . وبذا يُدرك سر تفريق أكثر الفقهاء بين المضطر بفعله ـــ كمن يزلق في النهر فيمسك بشجرة لينجو فيتلفها ـــ وبين المضطر بفعل غيره ـــ كدافع الصائل ـــ حيث أوجبوا الضمان في الحالة الأولى دون الثانية ، لأن المضطر بفعله في مظنة التقصير ، وأما المضطر بفعل غيره فليس كذلك كما قلنا .

وأما قولهم : بأن الفقهاء ، إذ ذكروا الضمان فإنما قرنوه بحكمة الجبر ، ولم يذكروا معه الزجر .

فالجواب عنه : أن ذلك إنما كان تغليبا للمقصد الأصلي من الضمان وهو الجبر ، ثم إن ذكرهم للجبر إنما كان أكثره في باب دية الخطأ ، وقد أسلفنا بأن لهذه الدية خصوصية ما ، ثم إن بعضهم ذكر الزجر كحكمة للضمان : قال ابن عابدين فيمن جرح غيره فبرئ جرحه : «**قال أبو يوسف** : **عليه أرش الألم** . **وقال محمد** : **عليه أجرة الطبيب وثمن الأدوية** ، **وهو رواية عن أبي يوسف** ، **زجرا للسفيه** ، **وجبرا للضرر**»[1] . وعلى كل تقدير فليست الحجة في نصوص الفقهاء ـــ وإن كانت نصوصهم فوق الرأس والعين ـــ وإنما لقول الله تعالى ، ولقول رسوله ، صلى الله عليه وسلم ، ولما يدل عليه الدليل المعتبر .

والذي نخلص له بعد كلِّ ما سبق : هو أن حكمة الضمان ، بالسبر الأصولي ، إنما هي ـــ فيما رجحناه ـــ مجموع وصفي الزجر والجبر على أن الجبر مقصود أولا والزجر مقصود تابع . وهذا فيما عدا ضمان الإصابات البدنية بالفعل الخطأ ، فالمقصود بضمانها هو الجبر المحض .

---

(١) ابن عابدين : **الحاشية** ، ج٦ ، ص٥٨٦ .

المطلب الثالث

النتائج المترتبة على القول بالحكمة المختارة للضمان

الحكمة المختارة للضمان هي ، كما أسلفنا ، الجبر والزجر معا ، فيما عدا الإصابات البدنية بالفعل الخطأ . ويترتب على القول بها أمور :

(ص ١٣٨)

أولا : لا نراه يصح شرعا القول بإلغاء عنصر الخطأ أو التعدي كوصف أساسي من أوصاف سبب الضمان ، والاعتماد على وصف الضرر وحده بإلقاء مسئولية الضمان ، لا على المخطئ ، بله على الجهة الأكثر قدرة على تحمله كالدولة أو المؤسسة أو المصنع .

ولكن يمكن ، كحل وسط ، أن ننقل عبء إثبات الخطأ أو عدم الخطأ إلى المؤسسة أو المصنع في حالة حدوث ضرر مالي بسبب أحد العمال ؛ لأنهم في العادة أضعف قدرةً على إثبات خطأ المؤسسة ، أو إثبات عدم حصول خطأ من قبلهم ، كما أنهم أضعف قدرة على دفع أجور المحامين . ومستند ذلك هو نفسه مستند تضمين الأجير المشترك الذي قال به الصحابة ومن بعدهم ، وهو المصلحة العامة ، وحفظ الحقوق .

ويمكن كذلك التوسع في أنظمة التكافل الاجتماعي ، والتأمين التعاوني كعنصر رديف للضمان ـــ لا بديلا له[(١)] ـــ في جبر أضرار المتضررين .

هذا في حكم الضمان عموما ، وأما فيما يتعلق بضمان الإصابات البدنية خاصة ، والتي تحدث عن طريق الخطأ فحسب . فنراه من الجائز ، بل ربما المحبَّذ ، إيجاد تنظيم ـــ كالنظام النيوزيلاندي مثلا ـــ يُحمِّل الضمان لجهة أكثر قدرة على تحمله ، كالمصنع ، أو المؤسسة ، أو حتى الدولة . لا سيما أن نظام العاقلة في هذا العصر لم يعد فعالا . وذلك اقتفاء بسيدنا عمر ، رضي الله عنه ، إذ نقل الدية من العاقلة إلى أهل الديوان لما ذكرناه من المعنى .

والمسوِّغ المصلحي لما قلناه من أولوية عدم إلغاء الخطأ ، واعتباره وصفا جوهريا في الأفعال الموجبة للضمان ، هو ما يولده اطراحه من روح اللامبالاة ، وعدم الاكتراث ، من قبل العمال والتابعين ، و« بالتالي » كثرة الأخطاء والأضرار . وهو ما لا يرغبه الشارع . هذا فضلا عن أن

---

(١) إذا قلنا بجواز عقد التأمين ، بالقيود الشرعية ، فإنه يجدر أن يكون ضمن هذه القيود ما يحدد مجال التأمين بما عدا الأضرار الناجمة عن الأخطاء البشرية المتعمدة وغير المتعمدة ـــ فيما عدا الإصابات البدنية طبعا ـــ وذلك لأن إجازة التأمين في مثل هذه الحالة ستدفع الناس إلى التهاون وقلة التحرز عن الخطأ ، إذ سيكون التأمين المفتقِد ـــ إلى حد بعيد ـــ لمعنى الزجر رافعا وبديلا عن حكم الضمان المتضمن لهذا المعنى .

أصحاب المؤسسات والمصانع سينقلون تكلفة الضمان التي يتحملونها عن العمال نتيجة لأخطائهم ، إلى المستهلكين عن طريق رفع أسعار السلع والخدمات . و« بالتالي » سيكون المتضرر الأول والأخير هو مجموع الناس ، لا هؤلاء الأغنياء من ذوي رؤوس الأموال . وتضرر الناس هذا لن يكون نتيجة خطأ منهم . وإنما نتيجة خطأ من غيرهم . وهذا مجاف للمنطق والعدالة .

الأمر الثاني : في مجال التضمين ـــ فيما عدا الإصابات البدنية ـــ لا نراه من الصواب إيجاب الضمان على أي شخص ، لا يتحقق فيه ركنا الخطأ المادي والمعنوي كلاهما ، لأنه إذا غاب أي عنصر من هذين العنصرين لم يتحقق الزجر الذي هو مقصود من الضمان تبعا كما قررنا .

والركن المادي للخطأ يتحقق بأمور :

١. أن يكون الفعل الذي ترتب عليه الضرر محظورا . كمن يسرق مالا للغير ثم يتلفه ، فعليه الضمان .

(ص ١٣٩)

٢. أن يكون الفعل الذي ترتب عليه الضرر في نفسه وظاهره ، جائزا ، سواء ، أكان مكروها ، أم مباحا ، أم مندوبا ، أم واجبا ، لكن صحبه من الظروف والملابسات والقرائن ما دل على أن صاحب الفعل :

أ. كان متعمدا لإلحاق الضرر بالغير . كمن يحفر بئرا في أرضه في جهة ما منها ، ويقوم الدليل على أنه قصد بذلك سحب الماء الذي في بئر جاره .

ب . أو كان مقصرا أو مهملا أو غير متخذ للاحتياطات التي يتطلبها الوضع الطبيعي . كالنائم يقع على الشيء فيتلفه ، أو كالمضطر بفعل نفسه كما سبق لنا توضيحه ، أو كالسائق الذي يُلحق الأضرار بالآخرين لسرعته أو لعدم إجرائه ما يلزم عند القيادة . أو كالمجاهد في سبيل الله يرمي رصاصته فإذا هي في ظهر مجاهد آخر كان قد حمل على صفوف المشركين .

ج . أو هو في مظنة إحدى النقطتين السابقتين .

وأما الركن المعنوي للخطأ فيتحقق بالإدراك وأقله التمييز ، وعليه لا نرى القول بتضمين الصبي غير المميز وكذا المجنون في مطلق الأحوال صوابا ، بل الذي يضمن هو وليهما إذا كان في مظنة الإهمال أو التقصير من حيث رعايته لهما ، أما إذا لم يكن مهملا أو مقصرا فحينئذ يمكن التخلي عن ركن الإدراك والتمييز ، والقول بضمان الصبي والمجنون صونا للأضرار عن الهدر .

الأمر الثالث : الذي يترتب على القول بأن حكمة الضمان هي الجبر والزجر معا .

يبدو لنا فيما يتعلق ببعض المسائل التي اختلف الفقهاء في حكم الضمان بشأنها كما أوردناها في المبحث الأول من هذه الدراسة:

١. أن لا ضمان على الضرر المنجبر تلقائيا ، كمن قلع سنا لحيوان أو إنسان فنبتت أخرى محلها ، لأن إيجاب الضمان في هذه الحالة لن يحقق عنصر الجبر ، إذ الجبر حاصل ، بل يحقق الزجر فقط ، ولم يُشرع الضمان لأجل الزجر فحسب . وفي هذه الحالة يجب التعزير فقط .

٢. أنه يجب ضمان منافع المغصوب على الإطلاق ، لأن في مثل هذا الأمر تحقيقا لوصفي الجبر والزجر معا .

٣. وكذلك يجب الضمان على المتعسف في استعمال حقه ، لكن بأحد شرطين :

الأول : ثبوت نية الإضرار لديه ، ولو ظنا .

والثاني : أن يكون فعل المتعسف في استعمال حقه بحيث ينسب إلى التقصير في التحرز عن إيقاع الضرر على الآخرين حتى لو لم تتوفر لديه نية الإضرار . فمن أشعل نارا في أرضه في وقت هبوب ريح فطارت شرارة وأحرقت أرض جاره مقصِّرٌ ؛ لأن الوضع الطبيعي يقتضي منه التحرز عن إشعال

(ص ١٤٠)

النار في وقت هبوب الريح . أما لو أشعل نارا في أرضه لمقصد صحيح ولم يكن في الجو ريح لكن هبت زوبعة فجأة في وقت من السنة لا يعتاد فيه مثلها، فنقلت شيئا من النار إلى أرض جاره فلا ضمان .

وقيدا نية الإضرار ، والتقصير أو مظنته ، ضروريان في إيجاب الضمان في مثل هذه الحالات بناء على تقريرنا لحكمة الضمان لأن فقدهما يؤدي إلى إيجاب الضمان لأجل الجبر المحض دون الزجر ؛ لأن الزجر لا يكون إلا في مقابلة الخطأ ، وإذا لم توجد نية الإضرار ولا التقصير أو مظنته فأين الخطأ ؟

٤. وكذلك لا يجب الضمان على الضرر المعنوي ، لأنه غير قابل للجبر المادي ، ومن الدليل على ذلك افتقاده للتماثل مع قيمة الضمان ، فما من ضابط يمكن الرجوع إليه في ذلك ، وعليه فإيجاب الضمان عليه محقق لحكمة الزجر دون الجبر ، وفي هذا خروج عن مقصد الضمان ، والواجب في مثل هذه الحالة التعزير فحسب ، والله أعلم .

٥. لا يجب الضمان على المستكرَه على إتلاف المال ؛ لأنه لا يوجد تقصير من قبله إذ يجوز له إتلاف المال حفاظا على نفسه ، فهو كالمضطر بفعل غيره ، وإنما الضمان على المكره تحقيقا لحكمة الزجر والجبر معا .

خاتمة البحث

وبعد :

فالذي أردناه من هذا البحث أمران :

أحدهما : أن نضع معيارا عاما ، لضبط الأفعال الموجبة للضمان ، لا سيما أنه تعْسُر الإحاطة بهذه الأفعال بأفرادها ، إذ هي كثيرة ومتناثرة ومتشعبة ومدار خلاف في كتب الفقه الإسلامي. وقد كان ذلك عن طريق الوقوف على حكمة الحكم بالضمان بالمسالك الأصولية ثم استثمار هذه الحكمة بإعمالها في السبب الموجب للضمان ، عن طريق القول بأنه لا بد لكل فعل يوجب الضمان أن يكون مظنة لتحقق حكمة الضمان فيه .

والأمر الآخر : أن نعرض أمام الباحثين الجادين والمنفتحين والمؤمنين بضرورة تجديد الفقه الإسلامي نموذجا تطبيقيا يُبرز جانبا من معالم التجديد الذي ندعو إليه ، وهي :

١. العرض القواعدي للفقه أو تنظير المادة الفقهية .

٢. التوسع في النظر إلى العلل أو قل : «مقاصد الأحكام» بالاستنباط أولا ، وبالتوظيف ثانيا. وأعني بالتوظيف : إعمال الحكمة في تحديد المدى الفروعي الذي يتناوله وينطبق عليه الحكم .

٣. نبذ التقليد والتعصب والتقديس لآراء القدماء مع تقديرنا الكامل لهذه الآراء وأصحابها .

وأنا على ثقة من أن المتأمل في محاولتنا هذه أدرك أنا لم نأت فيها ببِدْعٍ من القول ، بل كل الذي عملناه هو أنا جددنا شيئا من «التراث» بـــشيء من «التراث» ، وشذَّبنا شيئا من «الفقه» بـــشيء من «الأصول» ، وأعملنا «المقاصد» التي ذكرها الأقدمون في «الأحكام» التي استخرجوها. وهذا يعني ، وبلا ريب ، أنا ندين لهم بالفضل كله . وما أحسن ما قال ابن المقفع : «**لِيعْلَمِ الواصفون المخبرون أن أحدهم ــ وإن أحسن وأبلغ ــ ليس زائدا على أن يكون كصاحب فُصوص وجد ياقوتا وزبرجدا ومرجانا ، فنظمه قلائد وسُمُوطا وأكاليل ، ووضع كل فصٍّ موضعه ، وجمع إلى كل لون شِبهه ، وما يزيده بذلك حسنا . فسُمي بذلك صانعا رفيقا . وكصاغة الذهب والفضة : صنعوا منها ما يعجب الناس من الحِلي والآنية . وكالنَّحل وجدت ثمراتٍ أخرجها الله طيبةً ، وسلكت سُبُلاً جعلها الله ذُللاً ، فصار ذلك شِفاء وطعاما**

وشرابا منسوبا إليها ، مذكورا به أمرُها وصنعتها . فمن جرى على لسانه كلامٌ يَستحسِنه أو يُستحسن منه ، فلا يعجَّبن إعجابَ المخترِع المبتدِع ؛ فإنه اجتناه كما وصفنا)) [1] .

والله تعالى أعلم وأحكم، و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

وكتبه د. أيمن صالح عام ٢٠٠١م،
وراجعه وعدل أحرفا يسيرة منه ٢٠١٠م

---

(١) ابن المقفع : **الأدب الصغير** ، تحقيق أحمد زكي باشا ، دار ابن حزم ، بيروت ، ط١ ، ١٤١٤هـ=١٩٩٤م ، ص٣٠ .